Lehrbuch

des

Deutschen bürgerlichen Rechts

auf der Grundlage

des bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich

von

Konrad Cosack,
Professor der Rechte in Bonn.

Erster Band:

Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen.

Jena.
Verlag von Gustav Fischer.
1898.

Inhalt.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Einleitung.

Erstes Buch. Die allgemeinen Lehren.

Erster Abschnitt. Die Rechtsregeln.

Zweiter Abschnitt. Die Rechtsverhältnisse und die Rechte.

Dritter Abschnitt. Die Rechtsinhaber.

Vierter Abschnitt. Die Rechtsgegenstände.

Fünfter Abschnitt. Entstehung, Änderung, Aufhebung der Rechte.

Sechster Abschnitt. Ausübung und Sicherstellung der Rechte.

Zweites Buch. Das Recht der Forderungen.

Erster Abschnitt. Das Recht der Forderungen im allgemeinen.

Zweiter Abschnitt. Die einzelnen Arten der Forderungsrechte.

I. Der Kauf.

II. Kaufähnliche Geschäfte.

III. Miete und Pacht.

Verzeichnis der in dem Lehrbuch besprochenen Stellen des bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes.

Paragraphen des BGB.s	Seiten des Lehrbuchs
215	263 e
216	263 c
217	263 Abs. 5
218	257, 5
220	262 a
221	257 unten; 265, 5
222 Abs. 1	263 IX
Abs. 2	264, 2; 608[7]
223	265 b
224	265 a
225	253[5]
226	271, 2; 589, 2 c
227	273, 1
228	274, 2
229	275, 3
230	275, 3 b
231	279 b; 245, 4
232—240	272 b
241	283, 2, 3
242	297 VI; 497[12]; 582[12]
243	295, 3; 348 a; 422, 2; 435, 2; 396, 7
244, 245	304
246	308, 5
247	312 a
248	313 b
249, 250	319 a, b; 592, 1 a
251	319 a, c
252	315, 4; 316, 5; 317, 6; 320, 1; 402[13]
253	319 d
254	317, 7 b; 246 a; 402[14]; 404 oben, 592 c
255	319, 9
256, 257	327
258	305, 5
259—261	328
262	292 a
263	292 c; 293 e
264	292 d
265	293 e
266	298 b; 413, 7
267	353 b; 482[15]
268	354 c, d; 373, 2 b
269	338; 406; 497[14]
270	339; 547[13]
271	340; 498, 3
272	341, 4 b
273	303, 2
274	303 c; 350 b
275	333, 1 a; 334, 2, 3

Paragraphen des BGB.s	Seiten des Lehrbuchs
276	236, 2; 239 a; 240, 5; 241, 6 a; 242, 9; 333, 1 a
277	237 β
278	245, 5; 248, 8; 333, 1 a
279	318 β; 333 b
280 Abs. 1	334, 2 b
Abs. 2	337
281	332, 2 c; 335, 3 b; 335, 1 b; 336, 2 b; 332, 1 c
282	335, 4
283	346 b; 351 b; 492[7]
284	342, 2
285	343, 3
286 Abs. 1	344 b
Abs. 2	346 b
287	344 a; 333[12]
288, 289	344 α
290	345 β
291, 292	351 a
293	347
294, 295	347, 2 a
296	347 b
297	347, 2
298	348, 4
299	348 b
300	348 a; 397, 11
301	349, 2 b
302	349, 2 c
303	349, 3 a
304	348, 1
305	286, 2
306	331, 1; 389, 2 a; 390[14]
307 Abs. 1	332 d, e; 335[1]
Abs. 2	336, 1 a
308	331 b
309	337
310	337, 1 a
311	209 d
312	338 b; 209 d
313	289 d
314	305, 3; 125 II; 399[2]
315	293, 2
316	294 a, 391[17]; 457 III; 503, 5
317	296 IV, 297 V; 543[11]
318	296 b, c; 297 e
319	296 b; 297 d; 543[11]; 544[14]
320 Abs. 1	300 II; 393 I
Abs. 2	301 d
321	302 f
322	302 e; 350 a

Abkürzungen.

Die Lehr- und Handbücher der Pandekten, des deutschen Privatrechts, der deutschen Rechtsgeschichte sind nur mit den Namen der Verfasser bezeichnet. Im übrigen habe ich außer den allgemein üblichen folgende Abkürzungen gebraucht.

Arch. f. civ. Pr. = Archiv für civilistische Praxis.

Bekker u. Fischer = Beiträge zur Erläuterung u. Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, herausgegeben von Bekker u. Fischer (seit 88).

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch für das D. Reich.

B. u. F. = Bekker u. Fischer.

c. c. = Code civil.

Dernb. Pr. Pr. = Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts u. d. Privatrechtsnormen des Reichs (5. Aufl. seit 94) (das Zitat „Dernburg" für sich allein bedeutet Dernb.'s Pandekten).

Eccius = Preußisches Privatrecht auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förster bearbeitet von Eccius, 7. Aufl. (seit 96).

Eck = Samml. von Vorträgen über den Entwurf eines bürgerl. Gesetzb.s, Heft I. Erstes Buch, allgemeiner Teil, von Eck (96).

EG. = Einführungsgesetz zum BGB.

Endemann = Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzb.s f. d. D. R., 3. u. 4. Aufl. (98). (Bis Seite 387 unseres Werks nach der 2. Aufl. zitiert.)

Förtsch = Der c. c. u. d. BGB. 97.

Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in bes. Beziehung auf das preuß. Recht, begründet von Gruchot, herausgeg. von Rassow u. Küntzel.

Grünhuts Ztsch. = Zeitschrift für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart, herausgegeb. v. Grünhut.

Heusler = Institutionen des deutschen Privatrechts v. Heusler (85/86).

HGB. = Handelsgesetzbuch (ältere Fassung von 1861).

HGB. I = " " " " "

HGB. II = Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 97.

Jahrb. f. Dogm. = Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts, herausgeg. von Jhering u. A.

Jahrb. f. gem. Recht = Jahrbuch für das gemeine Recht, herausgeg. v. Bekker u. Muther.

Konk.-Ordn. = Konkursordnung (zitiert wie die ZPO.).

Krit. VJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift.

K. u. R. = Archiv für das bürgerl. Recht, herausgeg. v. Kohler, Ring u. Oertmann.

Mot. = Motive zu dem Entwurf des BGB.s I. Lesung.

Planck = BGB. nebst EG., erläutert von Planck, Achilles, Greiff, Ritgen, Unzner (seit 97).

Pr. = preußisch.

Pr. LR. = preußisches Landrecht.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
RGB. = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich („Reichsgesetzbuch“).
RGes. = Reichsgesetz.
RGew.O. = Reichsgewerbeordnung.
RH. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Sächs. GB. = sächsisches bürgerliches Gesetzbuch.
Schollmeyer = Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. (97).
Ssp. = Sachsenspiegel.
V. = Verordnung.
Zitelmann = Die Rechtsgeschäfte im Entw. eines b. Gesetzb.s f. d. D. R. von Zitelmann bei B. u. F. Heft 7—10 (seit 89).
ZPO. = Zivilprozeßordnung. (Bis S. 435 nach der älteren Fassung von 1877, von da ab nach der neuen Redaktion von 1898 zitiert.)

Berichtigungen.

S. 26. Abs. 4. Mitglieder der Kommission waren außer den hier Genannten noch zeitweise Bosse, Hanauer, Struckmann, Börner. — Einige der nicht ständigen Mitglieder haben fast an allen Sitzungen der Kommission teilgenommen (Planck S. 13).

Abs. 5. Der Bundesratsentwurf ist dem Reichstage nicht schon am 18. Januar 1896, sondern einige Tage später übergeben. — Die Reichstagskommission zählte nicht 28, sondern 21 Mitglieder.

S. 42 [2]. Jetzt ZPO. 293 der Redaktion von 1898.

S. 65 [12]. Die Regeln über die Todeserklärung siehe jetzt in ZPO. 960 flg.

S. 66 [18]. Jetzt ZPO. 973 flg.

S. 72, 75. In den Zusätzen lies statt „s. unten die Zusätze zu § 55 ff.“ s. die Zusätze unten S. 234, 235.

S. 73 [4]. Jetzt ZPO. 645 flg.

S. 77 [1]. Lies statt „Maregoll“ Marezoll.

S. 82 [6]. Jetzt HGB. II 503.

S. 82 [8]. Jetzt Konk.Ordn. 5.

S. 92. Z. 3 v. o. lies „handlungsunfähig“ statt „handlungsfähig“.

S. 104 [30]. Den Ausdruck „qualifiziertes Registerrecht“ lasse ich mit Rücksicht auf die Regeln des neuen HGB.s über das Handelsregister fallen. Siehe die 4. Aufl. m. Lehrb. d. Handelsrechts § 10 I, 4.

S. 109 [4a]. Jetzt § 117 IV, 3 b der 4. Aufl. des Lehrb.s.

S. 110 [9]. Jetzt HGB. II, 211.

S. 112 [6]. Jetzt § 119 VI der 4. Aufl. des Lehrb.s.

S. 114. Anm. 15—21. Jetzt HGB. II 294, 301, 150, 149. Die in Anm. 21 zitierte Stelle m. Lehrb.s des Handelsrechts ist in der 4. Aufl. § 119 II, 6.

S. 124 [9]. Jetzt ZPO. 810, 824.

S. 124 [10]. Maßgebende Stelle ist § 21 des RGes.s über die Zwangsverst. u. Zwangsverw. v. 24. 3. 97. Näheres s. im Sachenrecht.

S. 133 [3]. Jetzt HGB. II, 261, 373, 400.

S. 149 [6], 150 [11], 153 [5]. Jetzt Konk.Ordn. 32.

S. 154. Z. 1, 2 v. o. Die Formulierung ist hier ungenau. Siehe unten S. 474, 3.

S. 156 [1]. Jetzt ZPO. 440.

S. 173 [17]. Jetzt Konk.Ordn. 106.

S. 174 [21]. „ „ 7.

S. 190 [5], [6]. „ „ 154, ZPO. 916 Abs. 2.

S. 195 [2]. „ „ 65, 69.

S. 238 [9]. Jetzt HGB. II, 203; Ges. betr. die Binnenschiffahrt v. 15. 6. 95. § 75.

S. 241, 7. Diese Regeln sind im BGB. nur für Delikte ausgesprochen. Es ist mir inzwischen zweifelhaft geworden, ob sie analog auch auf sonstige schuldhafte Rechtsverletzungen auszudehnen sind.

S. 242, 8. Siehe die vorstehende Bemerkung.

S. 244 [4]. Jetzt HGB. II 429, 456, 606.

S. 245 [13]. Jetzt § 90 II, 1 a der 4. Aufl. des Lehrb.'s.

S. 246 [20]. Jetzt HGB. II 485.

S. 246, 6. Siehe die vorstehende Bemerkung zu S. 241, 7.

S. 251 [7]. Jetzt HGB. II 359 Abs. 2.

S. 253 [9]. Eine Ausnahme s. BGB. 1028.

S. 255, 4 b. Lies: „Die Frage ist zu verneinen“.

S. 257 [25]. Jetzt HGB. 901 flg.

S. 259 Abs. 3 Z. 2: lies „1. Juli 1905".
S. 302[10]. Jetzt ZPO. 726 Abs. 2, 756, 765.
S. 304[16]. Jetzt HGB. II 369.
S. 320[14], [1], [2]. Jetzt 4. Aufl. d. Lehrb. § 43[37], [38], HGB. II 430, 611, 799.
S. 322[7]. Jetzt HGB. II, 585.
S. 326[18], [19]. Jetzt Konk.Ordn. 63 Nr. 3, 62 Nr. 2.
S. 329[4], [5]. Jetzt HGB. II 435. — M. Lehrb. d. Handelsr.s 4. Aufl. § 14 III, 3 ff.
S. 333 Abs. 2 Z. 3 v. u. Lies 70 statt 50.
S. 337, 2b. Dem ersten Satze ist zuzufügen „und die Unmöglichkeit der vollständigen Erfüllung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht".
S. 341[5]. Jetzt Konk.Ordn. 65.
S. 356[5]. Jetzt 4. Aufl. § 57 IV.
S. 358[3]. Ob der Bürge mit den Forderungen des Hauptschuldners aufrechnen darf, ist zweifelhaft, s. u. S. 566c.
S. 360, 2. Daß das Aufrechnungsrecht eine Einrede ist, wird meist bestritten. In der That wird es vom BGB. nirgends als Einrede bezeichnet. Auch geht es über die Funktion einer Einrede hinaus: denn es wehrt, sobald es ausgeübt wird, die Passivforderung nicht bloß ab, sondern hebt sie auf.
S. 361[16]. Jetzt 4. Aufl. § 63 II.
S. 364b. Die Formulierung ist hier unrichtig. Siehe unten S. 425[27].
S. 380[6]. Jetzt ZPO. 59.
S. 404[19]. Lies § 92[3] (nicht S. 92).
S. 418[31]. Jetzt ZPO. 806.
S. 435[65]. " " "
S. 481, 482. Diese Seitenzahlen kommen versehentlich zweimal hintereinander vor. Zitate, die auf diese Seiten Bezug nehmen, sind also zweideutig.

Einleitung.

1. Litteratur.

§ 1.

I. Zum Reichsgesetzbuch: Gierke, Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs f. d. D. Reich, 2. Aufl. (89); Gerber, System d. D. Privatrechts, 17. Aufl., neubearbeitet v. Cosack (95); O. Bähr, Gegenentw. z. Entwurf (91); F. Endemann u. Gareis, Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetzbuchs, 2. Aufl. (96); G. Cohn, Das neue deutsche bürgerliche Recht in Sprüchen, Heft 1 (96). Ferner verschiedene Sammelwerke, namentlich Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbs. f. d. D. Reich, herausgeg. von Bekker u. Fischer (88/90); Samml. v. Vorträgen über den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs im Guttentagschen Verlage von Eck, Schröder u. A.; Sammlung von Einzeldarstellungen über das Recht des bürgerl. Gesetzbuchs im gleichen Verlage.

II. Auf das ältere Recht vor dem Reichsgesetzbuch (bei den jüngeren Schriften übrigens teilweise schon mit Berücksichtigung des Entwurfs zum RGB.) beziehen sich:

1. Auf das gesamte ältere gemeine Privatrecht: A. Chr. J. Schmid, Handb. des gegenwärtig geltenden gemeinen D. bürgerl. Rechts, 2. Bd. (47); Fr. Bluhme, System des in D. geltenden Privatrechts 2. Aufl. (55).

2. Auf das gesamte ältere gemeine und partikuläre Recht: Roth, System des D. Privatrechts, 3 Bd. (80—86, unvoll.).

3. Auf das gemeine Privatrecht einheimischen Ursprungs: Eichhorn, Einleitung in das D. Privatrecht, 5. Aufl. (45); Beseler, System des gemeinen D. Privatrechts, 4. Aufl. (85); Gerber, System des D. Privatrechts, 16. Aufl. (91); Gengler, D. Privatr., 4. Aufl. (92); ders., Lehrb. des D. Privatrechts, 2. Bd. (54/62); Stobbe, Handb. d. D. Privatrechts 5 Bände 2. bezw. 1. Aufl. (82—85); 3. Aufl. Bd. 1, herausgeg. von K. Schulz (93), Bd. 2, Abt. 1 umgearbeitet v. H. O. Lehmann (96); Franken, Lehrb. des D. Privatrechts (seit 89); Gierke, D. Privatrecht (93, noch unvollendet); Kraut, Grundriß zu Vorles. über das D. Privatrecht, 6. Aufl. herausgeg. v. Frensdorff (86).

4. Auf das gemeine Privatrecht römischen Ursprungs: Chr. F. Glück, ausführl. Erläuterung der Pandekten, fortgesetzt von Mühlenbruch, Fein u. A. (seit 1790, noch unvollendet); — v. Savigny, System des römischen Rechts 8 Bd. (40—49, unvollendet); Puchta, Pandekten, 12. Aufl. herausgeg. v. Schirmer (77), v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten 3 Bd. 7. Aufl. (63—69); Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts 3 Bd. 7. Aufl. (91); Brinz, Lehrb. der Pandekten 4 Bd. 2. Aufl. zum Teil von Lotmar herausgeg. (73—92; ein Teil in 3. Aufl. 84); Arndts, Pandekten 14. Aufl. herausgeg. von Pfaff u. Hofmann (89); Baron, Pandekten 9. Aufl. (96); Dernburg, Pandekten 3 Bd. 5. Aufl. (96); Wendt, Pandekten (88); Bekker, System des heutigen Pandektenrechts 2 Bände (86, 89, noch unvollendet); Hölder, Pandekten, Allgemeine Lehren (91); Regelsberger, Pandekten (93, noch unvollendet).

5. Auf das Sonderrecht einzelner deutscher Rechtsgebiete: Preußen: Dernburg 3 Bde. 4. Aufl., Bd. 1, 2 in 5. Aufl. (seit 94); Förster-Eccius 4 Bde. 7. Aufl. (96); Fischer (87); Kommentare von Koch 4 Bde. 8. Aufl. herausgegeb. v. Achilles, Hinschius u. A. (seit 89); Rönne 4 Bde. 6. Aufl. (seit 74); Rehbein und Reincke 4 Bd. 5. Aufl. (seit 94). — Bayern: Roth 3 Bde., Bd. 1 in 2. Aufl. (seit 71); Becher 2 Bde. (96). — Württemberg: Wächter 2 Bde. (seit 39, unvoll.); Reyscher 3 Bde. 2. Aufl. (46). — Sachsen: Curtius 4 Bde. in 4. bezw. 3. Aufl. (seit 46); Haubold 2 Bde. 3. Aufl. (seit 47); B. G. Schmidt 2 Bde. (69); Grützmann 2 Bde. (87); Commentar von Siebenhaar 3 Bde. 2 Aufl. (69). — Hannover: Grefe 2 Bde. 3. Aufl. (60); Rudorff (84). — Baden: Behaghel 2 Bde. 3. Aufl. (93); Platenius (96). — Hessen-Darmstadt: A. B. Schmidt (93). — Mecklenburg: v. Kamptz 2 Bde. (seit 1805); Böhlau 3 Bde. (seit 71, unvoll.). — Oldenburg: Halem 3 Bde. (seit 1804). — Kurhessen: Roth u. v. Meibom (58, unvoll.). — Nassau: Bertram 2. Aufl. (78). — Schleswig-Holstein: Falck 5 Bde. (seit 25 unvoll.); Paulsen 2 Bde. 2. Aufl. (42). — Braunschweig: Steinacker (43); Hampe (96). — Thüringen: Heimbach (48); insbes. Weimar: Sachse (24); Völker (55). — Meiningen: Unger 2. Aufl. (90). — Gotha: Brückner (30). — Altenburg: Hesse (41). — Hamburg: Gries (37); Baumeister 2 Bde. (56); Niemeyer, (im Erscheinen). — Bremen: Post 4 Bde. (seit 66). — Lübeck: Mevius (1664); Stein 5 Bde. (1738); Pauli 3 Bde. (seit 37). — Frankfurt: Bender (48); Orth (1731); Souchay (48). — Französisches Recht: Zachariä 4 Bde. 8. Aufl. von Crome (94).

6. Auf das ältere Reichsrecht: Dernburgs zu 5 genannte Bearbeitung des preußischen Rechts; ferner Mandry, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. (85).

III. Zur Geschichte des deutschen Privatrechts außer den Lehr- und Handbüchern der Deutschen Rechtsgeschichte von Eichhorn (5. Aufl. 43); Brunner (87/92); Schulte (6. Aufl. 92); Schröder (2. Aufl. 94); Brunner in v. Holtzendorffs Encykl. 5. Aufl. S. 215 (90); v. Amira in Pauls Grundriß der germ. Philologie II, 2 S. 35 (89); Grimm, d. Rechtsalterthümer 3. Aufl. (81); Lörsch u. Schröder, Urk. z. Gesch. d. D. Privatrechts 2. Aufl. (81); Kraut, Grundriß zu Vorles. über d. D. Privatr. 6. Aufl. herausgeg. v. Frensdorff (86); Heusler, Institutionen des D. Privatrechts 2 Bd. (85, 86).

IV. Zeitschriften: Ztsch. f. Deutsches Recht (39—61); Archiv für zivilistische Praxis (seit 18); Archiv für prakt. Rechtswissenschaft (seit 53); Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts herausgeg. v. Ihering u. A. (seit 57); Jahrb. des gemeinen deutschen Rechts herausgeg. von Bekker u. Mither (57—63); Ztsch. f. das gesamte Handelsrecht herausgeg. v. Goldschmidt (seit 58); Ztsch. f. das Privat- u. öffentliche Recht der Gegenw. herausgeg. v. Grünhut (seit 74); Archiv für bürgerliches Recht (herausgeg. v. Kohler seit 89); Ztsch. f. geschichtl. Rechtswiss. herausgeg. v. Savigny u. A. (15—50); Ztsch. f. Rechtsgeschichte (61—80); Ztsch. der Savignystiftung f. Rechtsgeschichte, in eine germanistische und eine romanistische Abt. zerfallend (seit 80); Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts (später des deutschen Rechts in bes. Beziehung auf das preußische Recht) herausgeg. von Gruchot, später von Rassow u. Küntzel (seit 57); Ztsch. f. Gesetzgebung u. Rechtspflege in Preußen, herausgeg. v. Hinschius, Behrend u. A. (67—75); Blätter für Rechtsanwendung bes. in Bayern (seit 36); Württemb. Archiv f. Recht u. Rechtsverwaltung (seit 37); Ztsch. f. Rechtspflege und Verwaltung in Sachsen (seit 37); Magazin f. Hannov. Recht (seit 51); Mecklenb. Ztsch. f. Rechtspflege u. Rechtswiss. (seit 81); Ztsch. f. Verwalt. u. Rechtspfl. in Oldenburg (seit 74) u. s. w.

2. Begriff des deutschen bürgerlichen Rechts.

§ 2.

Das deutsche bürgerliche Recht, wie es als Gegenstand dieses Lehrbuchs aufgefaßt wird, umfaßt das gesamte deutsche Privatrecht, welches zu der Zeit, wo das bürgerliche Gesetzbuch in Kraft treten soll, positive Geltung haben wird, mit Ausnahme des Handelsrechts.

1. Es umfaßt das Privatrecht. Darunter ist das System der Rechtsregeln zu verstehen, welche sich mit den Privatpersonen als solchen befassen. Den Gegensatz zum Privatrecht bildet das öffentliche Recht, d. h. das Recht der dem öffentlichen Interesse dienenden Organisationen, also des Staats, der Gemeinden, der Kirche u. s. w.; nur soweit diese Organisationen den Privatpersonen rechtlich gleichgestellt werden, was regelmäßig der Fall ist, wenn sie in den privatwirtschaftlichen Verkehr eintreten, z. B. Grundstücke erwerben oder Anleihen aufnehmen, gehören auch ihre Rechtsverhältnisse in das Privatrecht.

Diese Begriffsbestimmung des Privatrechts ist etwas äußerlicher Art; sie soll nur angeben, welche Rechtsregeln aus Zweckmäßigkeits- oder Verlegenheitsgründen herkömmlich zu einem geschlossenen System vereinigt werden. Hierdurch erklärt es sich, daß dem so bestimmten Privatrecht ein einheitlicher Charakter vollständig abgeht: es hat z. B. das Recht der Eheschließung und Ehescheidung, welches allgemein zum Privatrecht gezählt wird, weil es sich mit Privatpersonen als solchen befaßt, mit dem gleichfalls zum Privatrecht gehörigen Sachen- oder Erbrecht kaum etwas gemein. Weit bedeutsamer würde der Begriff des Privatrechts werden, wenn man ihn auf Rechtsregeln beschränkte, die sich mit den Rechtsverhältnissen der Privatpersonen in deren Privatinteresse befassen; so verstanden wäre das Privatrecht ein System von Regeln einheitlichen Charakters, indem z. B. das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht alsdann aus seinem Bereich ausscheiden würde. Aber diese Begriffsbestimmung führt zu keiner sicheren Begrenzung des Privatrechts, namentlich im Gebiete des Familienrechts, und mag deshalb methodisch bedenklich sein. — Übrigens hat der Begriff des Privatrechts, wie er eingangs bestimmt ward, nicht bloß methodische Bedeutung; es sind vielmehr auch Regeln darauf gegründet, welche für das praktische Rechtsleben von größter Wichtigkeit sind. So ist z. B., wie später noch näher darzustellen, die Reichsgesetzgebung auf dem ganzen Gebiete des Privatrechts (in dem oben entwickelten Sinne) zuständig, während die Landesgesetzgebung sich mit gewissen Ausnahmen auf das Gebiet des öffentlichen Rechts beschränkt sieht.[1]) Ferner sind „privatrechtliche" Streitigkeiten im Wege des Zivilprozesses durch die Zivilgerichte zu entscheiden; soweit eine Ausnahme von dieser Regel behauptet wird, soweit also entweder eine Rechtsstreitigkeit des Privatrechts der Zuständigkeit der Zivilgerichte entzogen (z. B. ein Streit um Wildschaden) oder eine nicht in das Privatrecht fallende Streitigkeit der Zuständigkeit der Zivilgerichte überwiesen wird (z. B. ein Streit um das Gehalt von Beamten), ist die Behauptung durch eine gesetzliche Sonderbestimmung zu begründen.

2. Es umfaßt das deutsche, d. h. das im Deutschen Reiche geltende Privatrecht, schließt also namentlich das Recht Österreichs und der deutschen Schweiz nicht in sich ein.

3. Es umfaßt das gesamte deutsche Privatrecht.

a) Es umfaßt also nicht bloß das für ganz Deutschland gültige Reichs-

1) S. unten § 9 II.

recht, wie es im Reichsgesetzbuch oder in anderen Reichsgesetzen z. B. denen über Urheberrecht oder Konkursrecht geregelt ist, sondern auch das partikuläre oder Landesrecht, d. h. das Recht, dessen Geltung auf den Gesetzen Preußens, Bayerns und der anderen zum Deutschen Reich gehörigen Staaten beruht und deshalb auf das Gebiet dieser Staaten oder gar auf einzelne Provinzen oder Kreise der Staaten beschränkt ist; so wird z. B. das preußische Jagd- und Bergrecht, das bayrische Familienfideikommißrecht, das für die Provinz Hannover geltende Höferecht, die auf dem badischen Schwarzwald geltende Unteilbarkeit der Bauergüter darzustellen sein. Nur kann das Landesrecht nicht vollständig vorgetragen werden, sondern bloß mit Auswahl typischer Beispiele, welche vorzugsweise dem Rechte Preußens, als des größten deutschen Staates, entnommen werden sollen.

b) Es umfaßt ferner nicht bloß das Recht, welches in Deutschland selbst gefunden und ausgebildet ist, also unser ächtes, einheimisches deutsches Recht, sondern auch das Recht, welches wir, wie später noch näher darzulegen, fremden Völkern, namentlich den Römern und Franzosen entlehnt haben. Früher pflegte man freilich das entlehnte Recht in gesonderter Darstellung, als Pandektenrecht und rheinisches Recht zu lehren, und das heimische Recht, soweit es gegenüber Römern und Franzosen Geltung behalten oder erworben hatte, unter dem Namen des „deutschen Privatrechts" zusammenzufassen. Jetzt aber, wo das bürgerliche Reichsgesetzbuch das einheimische Recht mit dem rezipierten Fremdrecht zu einem einheitlichen System für immer verschmolzen hat, ist die Abtrennung des einheimischen Rechts zwar noch zulässig und sogar von weittragender wissenschaftlicher Bedeutung; sie ist aber doch nicht mehr notwendig.

4. Es umfaßt das Privatrecht, welches in Deutschland beim Inkrafttreten des Reichsgesetzbuchs, am 1. Januar 1900, Geltung haben wird. Hiernach scheidet das ältere Recht aus der Darstellung aus. Oder vielmehr: es wird nur soweit berücksichtigt, als es für die geschichtliche Entwicklung des geltenden Rechts von Bedeutung ist. Hierbei muß in manchen Fällen auf das ursprünglich deutsche Recht vor der Zeit der Rezeption des Fremdrechts zurückgegangen werden. Dagegen ist für die aus dem Fremdrecht rezipierten Institute eine geschichtliche Darstellung, die über die Zeit der Rezeption zurückgreift, entbehrlich; allerdings ist die Geschichte namentlich des römischen Rechts, wie sie viele Jahrhunderte vor der Rezeption abgespielt hat, an und für sich von größtem Interesse; aber für die Darstellung des deutschen Rechts ist sie ohne jeden Wert; denn in Deutschland ist das Fremdrecht als ein fertiges Recht von abgeschlossener Bildung aufgenommen worden.

5. Es umfaßt das deutsche Privatrecht mit Ausnahme des Handelsrechts. Diese Ausnahme hatte früher ihren Grund darin, daß das Handelsrecht auf einer Verschmelzung römischer, deutscher und französischer Regeln beruhte und deshalb bei der Aufteilung unserer Rechtsdarstellungen in Pandekten, deutsches Privatrecht und rheinisches Recht in keinen dieser Teile paßte. Aber auch jetzt,

wo eine Darstellung des gesamten deutschen Privatrechts möglich ist, wird das Handelsrecht besser getrennt dargestellt. Denn es verlangt eine andere, mehr ins einzelne gehende Behandlung als das sonstige Privatrecht und fügt sich deshalb in ein das ganze Privatrecht umfassendes System nur mühsam ein.

3. Geschichtliche Entwickelung des deutschen bürgerlichen Rechts.

a) Bis zur Aufnahme des römischen Rechts.[1])

§ 3.

Das deutsche bürgerliche Recht hat sich bis zum Ende des Mittelalters im Wege steter Übung und langsamer Gewöhnung ausgebildet. Deshalb ist sein Entwicklungsgang ein stiller, fast einförmiger. Er schließt freilich große Rechtsänderungen ein; aber die meisten dieser Änderungen sind so allmählich vor sich gegangen, daß sie sich der Beobachtung und Darstellung im Einzelnen entziehen. Darum sollen im folgenden aus der Entwickelungsgeschichte des mittelalterlichen Rechts nur einige besonders wichtige Züge angeführt werden.

1. Der Satz, daß das deutsche bürgerliche Recht ein Gewohnheitsrecht gewesen, hat in voller Reinheit nur in der Urzeit bis zum Abschluß der Völkerwanderung und dann ein zweites Mal in den ersten drei Jahrhunderten des Deutschen Reichs gegolten; in diesen beiden Perioden ist in der That von einem bürgerlichen Gesetzesrecht kaum irgendwo eine Spur vorhanden. Dagegen hat sich in den ersten drei auf die Völkerwanderung folgenden Jahrhunderten und dann wieder in den drei letzten Jahrhunderten des Mittelalters dem Gewohnheitsrecht auch ein Gesetzesrecht zugesellt; aus der ersten Periode dieses Gesetzesrechtes kommen namentlich die „Volksrechte" (leges Barbarorum) in Betracht, vor allem die lex Salica und Ribuaria, sowie die langobardischen Gesetze; in der zweiten Periode ragen neben manchen Sondergesetzen beschränkten Inhalts die Landrechte einzelner Territorien (z. B. oberbayrisches Landrecht von 1336), und die Stadtrechte (z. B. das von Lübeck, Goslar, Augsburg, München) hervor. Übrigens ist der Gegensatz zwischen der Zeit reinen Gewohnheitsrechts und der Zeit, wo zu dem Gewohnheitsrecht ein Gesetzesrecht hinzutritt, nicht zu überschätzen; denn die mittelalterliche Gesetzgebung hat gegenüber dem Gewohnheitsrechte nur selten eine selbständige Haltung eingenommen; sie hat sich vielmehr zumeist darauf beschränkt, solche Rechtsregeln gesetzlich festzulegen, die bereits vorher in der Gewohnheit zur Geltung gelangt waren.

Nur ausnahmsweise, namentlich wenn ein rechtspolizeilicher Grund dafür sprach, hat die ältere Gesetzgebung einen wirklich neuen bürgerlichen Rechtssatz

---

1) Heusler, Institutionen des D. Privatrechts 2 Bd. (85/86); Schröder, D. RGesch. Aufl. (94); Brunner in Holtzendorffs Enzyklopädie 5. Aufl. (91).

geschaffen; als Beispiel sei etwa das gesetzliche Verbot der Zinsabrede und des Verkaufs von Früchten auf dem Halme angeführt, ferner die Regel, daß eine Grundstücksveräußerung zu Gunsten von König oder Kirche der Zustimmung des nächsten Erben nicht bedarf, vielleicht auch das Gebot, daß jede Grundstücksveräußerung gerichtlich verlautbart werden muß.

2. Eine große Änderung des bürgerlichen Rechts hat der Übertritt des deutschen Volkes zum Christentum mit sich gebracht. Denn in alter Zeit hängt Religion und bürgerliches Recht eng zusammen. Namentlich die Rechtssymbolik hat seitdem einen Wechsel erfahren. Allmählich hat sich auch das Eherecht den klerikalen Lehren angepaßt, und auch auf dem Gebiete des Erb- und Vertragsrechts — man denke etwa an die Seelgeräte, den Gottespfennig — macht sich kirchlicher Einfluß geltend.

3. Bis zur fränkischen Zeit war das Recht wenigstens innerhalb jedes einzelnen Rechtsgebietes ein einheitliches für das ganze Volk. Freilich die Knechte genossen des Volksrechts nicht; aber sie hatten nicht etwa ein schlechteres Sonderrecht, sondern darbten des Rechtes ganz. Alles unter dem Rechte stehende Volk hatte dagegen im wesentlichen das gleiche Volksrecht. Hier trat nun im Mittelalter, und zwar schon in dessen Anfängen, ein großer Wechsel ein. Erstlich bildete sich für die Knechte ein eigenes Rechtssystem aus, das Hof- und Dienstrecht. Sodann entstand auch für den Adel ein eigenes Rechtssystem, welches zwar nicht die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Adels, aber doch den wichtigsten Teil seines Vermögensrechts umfaßte, das Lehnrecht. Endlich erwuchs für die Städte ein besonderes Stadtrecht. Nunmehr war das anfangs einheitliche Volksrecht gänzlich in Standes- oder Klassenrechte aufgelöst, zum größten Vorteil für die deutsche Rechtsentwickelung. Denn die einzelnen Volksklassen waren nun einmal thatsächlich durch ihre gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und staatsbürgerlichen Verhältnisse schroff von einander getrennt, sodaß sie der nämlichen Rechtsschablone unmöglich unterworfen werden konnten. Entweder mußte also die Verschiedenheit der thatsächlichen Verhältnisse abgeschwächt werden, und dazu war das Mittelalter nicht entfernt im Stande, oder aber es galt, ihnen durch Ausbildung gesonderter Standesrechte Rechnung zu tragen. Daß letzteres geschehen, hat es möglich gemacht, daß die Städte — dem Fortschritt ihrer politischen und wirtschaftlichen Zustände gemäß — das bürgerliche Recht freier und elastischer gestalten konnten, wie das flache Land. Dem Stadtrecht fiel in der Fortbildung des deutschen Rechts fortab die Führerrolle zu.

4. Das deutsche Recht ist seit jeher zersplittert gewesen. Erklärlich genug, da die deutschen Völker sich zu einer Zeit, wo ihr Rechtsleben noch auf einer geringen Stufe stand, von einander staatlich getrennt hatten und seitdem in ihrer Rechtsbildung gesonderte Wege gegangen waren. So kam es, daß nicht bloß das Recht der einzelnen deutschen Stämme durch große Verschiedenheiten getrennt

ward — bei den Franken z. B. fiel der bewegliche Nachlaß des Vaters an Sohn und Tochter, während bei den Sachsen die Tochter durch den Sohn ausgeschlossen wurde und ein Erbe überhaupt nicht empfing —, sondern daß sogar innerhalb des nämlichen Stammes einzelne Gaue ihr Sonderrecht besaßen; so fiel z. B. bei den ostfälischen und engrischen Sachsen die ganze eheliche Errungenschaft an den Ehemann, während die westfälischen Sachsen die Errungenschaft zur Hälfte der Ehefrau zuwiesen. Da trat dank den Eroberungen der Merowinger und Karolinger die staatliche Vereinigung der großen Mehrzahl aller deutschen Völker zu einem Reiche ein. Man hätte erwarten können, daß nunmehr das Ende der Rechtszersplitterung gekommen wäre. Allein — dem neuen Reiche fehlte für die Fortbildung des bürgerlichen Rechts und also auch für dessen einheitliche Ausgestaltung ein wirksames Zentralorgan. War doch von einer selbständigen bürgerlichen Gesetzgebung des Reichs kaum jemals die Rede; selbst die fränkischen Kapitularien beschäftigen sich mit Fragen des bürgerlichen Rechts nur ausnahmsweise; die Reichsgesetze des Mittelalters thun es fast garnicht. Eher hätte die Gerichtsbarkeit des Königsgerichts eine Verschmelzung der verschiedenen deutschen Rechte fördern können; und namentlich in karolingischer Zeit ist denn auch ein günstiger Einfluß des Königsgerichts in dieser Hinsicht nicht abzuleugnen. Allein die königliche Gerichtsbarkeit ist zu ungleichmäßig geübt worden, als daß sie hätte dauernde Frucht tragen können. So konnte die Rechtszersplitterung im Laufe des Mittelalters statt abzunehmen sogar noch weitere Fortschritte machen. Denn die Staatsbildung ging seit der Stauferzeit immer mehr ins Kleine, und die Gerichte jedes Kleinstaats schlugen ohne Rücksicht auf die Rechtsprechung der Nachbargerichte durchaus ihre eigenen Wege ein. Nur die Städte vereinigten sich, freilich ungleich genug, zu größern Rechtsprovinzen mit einer Hauptstadt, deren Recht für die anderen zu der Provinz gehörigen Städte mehr oder minder maßgebend war und deren Gericht als „Oberhof" der ganzen Provinz diente; so konnte man von einer Provinz Magdeburg, von einer Provinz Frankfurt a. M., von einer Provinz Lübeck reden. Auch das flache Land hatte wenigstens im Nordosten Deutschlands eine schwache Rechtseinigung gefunden, soweit als das Ansehen des Sachsenspiegels reichte, d. h. im Gebiete des alten ostfälischen Landes und dem von diesem abhängigen Kolonisationsgebiet. Im übrigen reichte dagegen die Rechtseinheit nur soweit wie die Grenzen der neuentstandenen Kleinstaaten. Nur die obersten Grundprinzipien und damit der typische Charakter des Rechts war nach wie vor für alle deutschen Völker gemeinsam.

5. Wie jedes Gewohnheitsrecht hatte auch das deutsche Recht seine Regeln immer nur soweit festgestellt, als dafür ein praktisches Bedürfnis vorhanden war. So stand denn auch die einzelne praktisch festgestellte Regel meist bloß in ihrer Vereinzelung da, und der innere Zusammenhang des gesamten Regelschatzes blieb unaufgedeckt. Deshalb fehlte aber in Wahrheit dieser Zusammenhang durchaus nicht, und nichts wäre falscher, als das deutsche Recht prinzip-

los oder willkürlich zu nennen. Die allgemeinen leitenden Prinzipien waren nur unausgesprochen oder sogar unbewußt. Aber muß etwa das Denken eines Menschen unlogisch und willkürlich sein, wenn es sich der logischen Denkgesetze nicht bewußt ist und diese Gesetze nicht in Worten zu formulieren vermag? So bestimmte das deutsche Recht z. B. Eigentum, Grundgerechtigkeit, Pfandrecht gleichmäßig als Befugnisse, welche mit unmittelbarer Wirkung gegen jeden Dritten, der nicht ein entgegenstehendes Recht erwirbt, eine körperliche Sache ergreifen; aber man brachte es sich nicht zum Bewußtsein, daß alle diese Rechte ebendeshalb von gleicher Art seien und zu der großen Gruppe der dinglichen Rechte gehören, und formulierte deshalb auch den Begriff des dinglichen Rechtes nicht. Oder man regelte die Erbenfolge nach den Grundsätzen der Parentelenordnung, begnügte sich aber, die Parentelenordnung durch ein bloßes, nicht einmal genau passendes Gleichnis auszudrücken. Übrigens läßt sich nicht verkennen, daß das deutsche Recht im Laufe der Zeit auch in der Formulierung seiner Regeln erhebliche Fortschritte machte; ein Vergleich zwischen der lex Salica und den karolingischen Kapitularien und zwischen diesen und dem Sachsenspiegel oder den Goslarer Statuten läßt hierüber keinen Zweifel.

6. Das deutsche Gewohnheitsrecht war anfangs ein ungeschriebenes Recht auch in dem Sinne, daß es nicht einmal privatim niedergeschrieben, sondern bloß mündlich fortgepflanzt wurde. Nur über einzelne Rechtsfragen — oder im Bereich eines örtlich engbegrenzten Geltungsgebiets (etwa eines bischöflichen Hofes) auch über größere zusammenhängende Rechtsinstitute — ward hier und da die Auskunft erwählter Sachverständiger oder einer ganzen Gerichtsversammlung eingeholt und als ein sogenanntes „Weistum" schriftlich festgestellt. Erst im späteren Mittelalter finden sich auch umfassendere Rechtsaufzeichnungen und sogar sogenannte „Rechtsbücher", d. h. systematische Bearbeitungen des geltenden Rechts. Unter ihnen nimmt weitaus den ersten Rang der Sachsenspiegel des Eike von Repgau ein; neben ihm kommen noch für süddeutsche Verhältnisse der Schwabenspiegel und das kleine Kaiserrecht, sowie in Norddeutschland eine Anzahl wertvoller stadtrechtlicher Arbeiten, namentlich aus dem Gebiete des Magdeburger Rechts, in Betracht.

b) Die Aufnahme des römischen Rechts.[1])

§ 4.

1. Die ruhige Entwickelung des deutschen Rechts, wie sie bisher geschildert wurde, ist in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts jäh unterbrochen worden.

---

1) Stobbe, Gesch. der deutschen Rechtsquellen I S. 609 (60) II S. 9 (64). Franklin Beiträge zur Gesch. der Reception des röm. Rechts in Deutschland (63). Stintzing, Gesch. der populären Litt. des römisch-canonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und im Anfang des 16. Jahrh.s (67); Ders. Gesch. der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 (80). C. A. Schmidt, Die Reception des röm. Rechts in Deutschland (68). Muther, Römisches und Canonisches

Es wurde nämlich jetzt ein sehr weitläufiges Gesetzbuch eingeführt, welches sich keineswegs wie die älteren deutschen Gesetze eng an das ältere Gewohnheitsrecht anschloß, ihm vielmehr schroff widersprach. Das neue Gesetzbuch war aber nicht in Deutschland selbst verfaßt, sondern in Byzanz, vor etwa neunhundert Jahren. Es war das corpus juris civilis Kaiser Justinians.

Die ersten Anfänge der Rezeption stammen schon aus der Zeit vor dem 15. Jahrh. Namentlich die Rechtsbücher, deren Verfasser sich gern den Anschein einer gewissen Gelehrsamkeit gaben, haben schon sehr früh hier und da einzelne römische Rechtssätze einzuschwärzen gesucht; aber auch in die Praxis drangen römische Regeln ein, wie denn z. B. das lübische Recht anscheinend schon im 13. Jahrh. den römischen Volljährigkeitstermin von 25 Jahren angenommen hat. Doch handelt es sich bei diesen ersten Anfängen der Rezeption immer nur um eine partikuläre Aufnahme von römischen Einzelregeln, nicht um eine gemeinrechtliche Aufnahme des römischen Rechts im Ganzen. — Übrigens ist sogar schon in der fränkischen Zeit ein Stück Fremdrecht rezipiert; doch war diese allererste Rezeption entweder eine ganz vorübergehende (z. B. die Erwähnung von Testamenten in der lex Burgundionum und Baiuwariorum), oder sie beruhte auf einer selbständigen Umgestaltung römischrechtlicher Gebräuche (z. B. des römischen Urkundenwesens. [2])

2. So war also das römische Recht bei uns „rezipiert“. Und zwar „in complexu“. Es wurden also nicht bloß einzelne besonders ausgewählte römische Institute aufgenommen, sodaß im Zweifelsfall für jedes einzelne Institut die Rezeption besonders nachzuweisen gewesen wäre; sondern umgekehrt: das römische Recht wurde als ein Ganzes rezipiert; und wenn hiervon eine Ausnahme gemacht, wenn also z. B. die Sklaverei oder die Vertragsform der Stipulation nicht aufgenommen wurde, so war es diese Ausnahme, welche im Zweifelsfalle besonders nachzuweisen war; man sagte demgemäß: wer sich auf eine römische Regel als geltendes deutsches Recht beruft, hat „fundatam intentionem“, er hat die Vermutung für sich. Andrerseits schrieb man aber dem fremden Rechte nur s u b s i d i ä r e Geltung zu, d. h. man gab jeder einheimischen Regel, sobald sie für einen bestimmten Bezirk als Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht zweifelsfrei nachgewiesen werden konnte, den Vorzug vor dem Fremdrecht und ließ letzteres nur gelten, soweit das heimische Recht eine Regel überhaupt nicht aufgestellt hatte oder die heimische Regel dunkel oder von zweifelhafter Geltung war.

Der Grund dafür, daß man dem römischen Recht nur subsidiäre Geltung hinter dem heimischen Recht zuschrieb, war der, daß man jenes für kaiserliches oder Reichsrecht, dieses dagegen für Landrecht (Stadtrecht) ansah und nach be-

Recht im deutschen Mittelalter (71). Stölzel, Die Entwickelung des gelehrten Richtertums in den deutschen Territorien, 2 Bd. (72). Moddermann, Die Reception des röm. Rechts, übers. v. Karl Schulz (75). — Siehe auch Brunner in Holtzendorffs Encyklopädie II 3 § 26.

2) Gierke 1 S. 9 [2].

kannter Regel im alten Deutschen Reich das Landrecht vor dem Reichsrecht den Vorrang hatte.

3. Mannigfache Gründe haben bei der Rezeption zusammengewirkt. Der Hauptgrund aber war, daß die Rechtsprechung, durch welche nach wie vor die Fortentwicklung des Privatrechts in Deutschland beherrscht ward, nunmehr aufgehört hatte, volkstümlich zu sein. Denn sie war unter den Einfluß gelehrter oder halbgelehrter Personen geraten, zunächst mittelbar, indem diese Personen als Sachwalter, Gerichtsschreiber, Schiedsrichter, Gutachter bei der Urteilsfällung mitwirkten, später auch unmittelbar, indem sie als ordentliche Mitglieder in die Gerichte eindrangen; und als 1495 das Reichskammergericht begründet wurde, ist ausdrücklich vorgeschrieben worden, daß die Hälfte der Richter Doctores juris sein müßten. Die Gelehrten hatten nun aber ihre Rechtskenntnisse nicht im praktischen Leben, nicht durch Beobachtung deutscher Rechtsübung, sondern auf Universitäten oder aus Büchern erworben, und hier war ihnen — was im Zeitalter der Renaissance selbstverständlich war — neben dem kanonischen nur das justinianeische Recht begegnet. Und das römische Recht erschien ihnen als das Weltrecht, als das einzig und ewig wahre Vernunftrecht; kritiklos meinten sie, daß dies Recht eben deshalb auch in Deutschland ohne weiteres anwendbar sei, zumal es ja von den römischen Kaisern, also den Rechtsvorgängern der Kaiser des römischen Reichs deutscher Nation herrühre. Diese ihre Meinung setzten sie auch thatsächlich durch, indem sie den Widerspruch der Freunde des heimischen Rechts durch scholastische Dialektik zu brechen wußten. Natürlich unterstützte auch die römische Kirche, welche namentlich auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen großen Einfluß auf das Privatrecht besaß, die Rezeption des römischen Rechts. Schließlich hat auch die deutsche Gesetzgebung — namentlich die erste Reichskammergerichtsordnung von 1495 — die Rezeption gefördert, indem sie die Gerichte ausdrücklich anwies, nach „gemeinem“ Recht zu erkennen. Um die Mitte des 16. Jahrhunderts war die Rezeption fast in ganz Deutschland eine vollendete Thatsache.

Die Rezeption beruht also in der Hauptsache auf einer durch die Renaissance hervorgerufenen gelehrten Begriffsverwirrung, auf der unkritischen Vorstellung, daß eine „klassische“ Institution als solche ohne weiteres auch für die Gegenwart Geltung beanspruchen dürfe. Oft genug sind freilich die Gelehrten erst zur Rechtsprechung zugezogen worden, weil die Rezeption des Fremdrechts bereits vollzogen und mit ihr eine Laienrechtsprechung natürlich nicht verträglich war. Dann folgten also die Gelehrten dem fremden Recht. Typisch ist aber dieser Vorgang für die eigentliche Rezeption nicht. Typisch ist es vielmehr, daß erst die Gelehrten kamen und das Fremdrecht hinter sich herzogen.

4. Man könnte versucht sein, die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland tiefer aufzufassen, also sie nicht bloß auf eine gelehrte Verbildung der Juristen, sondern auf thatsächliche Vorzüge des römischen Rechts zurückzuführen.

Man erweist aber damit dem flachen Geist jener Juristenzunft, welche die Fremdherrschaft des corpus juris bei uns verschuldet hat, zu viel Ehre. Selbst zugegeben, daß das römische Recht wirklich besser gewesen wäre als das deutsche — die Juristenzunft jener Zeit hätte dafür kein Verständnis gehabt. Was ihr an dem römischen Gesetzbuch allein gefiel, war, natürlich von der Kardinaleigenschaft abgesehen, daß das corpus juris vom Auslande kam und der Glanz der Antike darauf ruhte, die schwülstige Sprache des Kodex und die Möglichkeit, die feinen und subtilen Erörterungen der Pandektenjuristen in plumper Scholastik endlos fortzuspinnen.

Natürlich gab es auch unter den Juristen der Rezeptionszeit hier und da einen fähigeren Kopf; aber die große Mehrzahl war von erschreckend geringer Einsicht, und wurde denn auch von den klügeren Zeitgenossen z. B. von Melanchthon, Hutten, Zasius mit bitterem Spott begrüßt.

5. Es fragt sich also nur, ob nicht unabhängig von der mangelnden Einsicht der Juristen des Rezeptionszeitalters und sozusagen gegen ihren Willen die Rezeption im schließlichen Ergebnis für die deutsche Rechtsentwickelung dennoch heilsam gewesen ist.

Es wäre einseitig, diese Frage ganz verneinend zu beantworten. Vielmehr hat die Rezeption in Wirklichkeit unserem Rechte mehrfachen Nutzen gebracht.

So ist zunächst die der mittelalterlich deutschen formell weit überlegene römische Methode, namentlich die Kunst scharfer Begriffsbestimmung und Begriffsentwicklung sowie die Ausbildung freier, der Mannigfaltigkeit des Rechtslebens sich schmiegsam anpassender Regeln den deutschen Juristen als eine reife Frucht in den Schoß gefallen. Anfangs stümperhaft gehandhabt, hat die römische Methode schließlich doch die deutsche Rechtswissenschaft ganz außerordentlich gefördert.

Sodann hat durch die Rezeption die deutsche Rechtseinheit zweifellos gewonnen. Denn das römische Recht war als ein gemeines Recht in ganz Deutschland eingeführt. Freilich nur subsidiär, sodaß auch jetzt noch die bunte Mannigfaltigkeit der Land- und Stadtrechte einen guten Teil ihrer alten Geltung behielt. Ja, hier und da, etwa im ehelichen Güterrecht, ist die Rechtszersplitterung durch die Rezeption sogar noch vergrößert worden. Immerhin soviel war durch die Rezeption erreicht, daß das Volk sich bewußt wurde, es sei endlich wenigstens der Anfang zur Rechtseinheit gemacht. Damit war ein Boden gefunden, auf welchem sich die Kraft und Kunst der deutschen Juristen zu gemeinsamer Arbeit vereinigen konnte, und es war zugleich die Ausbildung eines gemeindeutschen Gewohnheitsrechts sehr erleichtert.

Endlich war, auch was den materiellen Inhalt des Rechtes angeht, durch die Rezeption mancher Gewinn erzielt. So war der Bann des rechtsgeschäftlichen Formalismus, welcher das deutsche Mittelalter beherrschte, nunmehr gebrochen; es ward eine allgemeine Klagverjährung eingeführt, die possesso-

rischen Klagen kamen auf, der Verkäufer mußte für alle erheblichen Mängel der Ware auch ohne besondere Zusage einstehn, der in Verzug befindliche Schuldner wurde auf Schadensersatz haftbar gemacht u. s. w.; nach der herrschenden Anschauung ist auch die Einführung des Testamentsrechts ein Gewinn für unser Rechtsleben gewesen. Dem römischen Recht ist es ferner zu danken, daß der niedere Adel das Erfordernis der Ebenbürtigkeit zur Eingehung einer vollwirksamen Ehe ziemlich rasch fallen lassen mußte und daß auch sonst die dem Mittelalter eigene ständische Gliederung des Rechts abgeschwächt wurde.

Dies sind ansehnliche, höchst dankenswerte Gewinne. Aber ihnen stehen schwere Nachteile, welche die Rezeption mit sich brachte, gegenüber.

Zunächst ist in einer ganzen Reihe von Materien nicht das fremde Recht dem deutschen, sondern das deutsche dem fremden überlegen gewesen, und indem auch hier das fremde Recht kritiklos dem deutschen vorgezogen wurde — ein Vorgang, der uns heutzutage geradezu als eine Brutalität erscheint — ist der heimische Rechtszustand, statt eine Besserung zu erfahren, materiell geradezu verschlechtert worden. Als Beispiel diene das ganze Recht der Liegenschaften, das ganze Familienrecht, das Institut der gesamten Hand, die reine (unmittelbare) Stellvertretung, die Regel „wo du deinen Glauben gelassen hast, mußt du ihn wieder suchen", die Regel „Kauf bricht nicht Miete", die Regel, daß die Gefahr der gekauften Sache erst mit der Übergabe auf den Käufer übergeht, das gesetzliche Erbrecht.

Man übersehe nicht, daß, wenn wir in dieser Art römisches und deutsches Recht vergleichen und dabei in wichtigen Beziehungen das deutsche Recht dem römischen Recht vorziehen, damit ein Tadel gegen das römische Recht schlechterdings nicht ausgesprochen werden soll. Ein solcher Tadel läge in unserm Urteil nur, wenn es wahr wäre, daß die Römer ihr Recht für die ganze Welt erdacht hätten[3]) In Wahrheit ist aber der stolze Bau des römischen Rechts ein nationales und antikes Werk; er ist geschaffen für die Römer, für das Altertum. So verstanden, zwingt er uns zu rückhaltloser Bewunderung. So verstanden verdient er auch unbedingten Vorzug vor dem deutschen Recht; denn dieses hat für das deutsche Volk und die Zeiten des Mittelalters nicht das Gleiche geleistet, wie das römische Recht für das römische Volk und die Zeiten der Antike. Das alles ist hier aber nicht in Frage. In Frage ist nur, ob das Werk der Römer für die Deutschen, ob das Werk der Antike für das 15. Jahrhundert und die Folgezeit passend war. — Auch sei nochmals betont, daß wir hier nicht von der Methode und der Technik der Römer, sondern nur von dem Inhalt der römischen Rechtsregeln sprechen.

So bliebe also nur der Erwerb der römischen Methode und die Förderung der Rechtseinheit als ein r e i n e r Gewinn der Rezeption übrig. Jedoch ist ohne weiteres klar — obschon es seltsamerweise von den Lobrednern der Re-

---

3) Siehe Zitelmann 1 S. 13.

zeption in Deutschland ganz verkannt zu werden scheint — daß wir die römische Methode hätten annehmen können, auch ohne das materielle römische Recht zu dem unsern zu machen; die Methode ist doch nur die Schale und der Gehalt des Rechts der Kern; und ohne Schwierigkeit hätte sich hier Schale und Kern trennen lassen. Und wer würde wohl auf Grund der Erkenntnis, daß das römische Sklavenrecht methodisch feiner ausgebildet ist, wie unser heutiges Gesinderecht, auf den Gedanken verfallen, das Gesinderecht aufzuheben und materiell durch das Sklavenrecht zu ersetzen? Endlich — der Gewinn der Rechtseinheit, kärglich wie er war, er ist durch den Verlust mehr als ausgeglichen, den unser Rechtsleben dadurch erlitten hat, daß das rezipierte Recht ein fremdes war und blieb, fremd durch die nur den Gelehrten verständliche Sprache seiner Quellen, fremd durch die fortwährende Bezugnahme der Quellen auf die römischen Sklaven Stichus und Pamphilus, auf die insulae der Stadt Rom u. dgl. So ward eine Kluft geöffnet zwischen der Rechtsordnung und dem Volke, dem allein zu dienen die Rechtsordnung bestimmt ist. Das Volk geriet geradezu unter die Herrschaft der Juristenzunft als der einzigen Kennerin und Hüterin des römischen Rechts, unter eine ächte Fremdherrschaft. Der Juristenzunft mag dies freilich zeitweise eine Freude gewesen sein. Aber sie hat ihre Herrscherstellung damit büßen müssen, daß sie in weiten Kreisen des Volkes der Gegenstand tiefer Abneigung, ja erbitterten Hasses geworden ist. Und auch an sich selbst hat sie schweren Schaden erlitten: durch die Rezeption ist den Juristen der Einblick in das, was für sie die Hauptsache sein soll, das praktische Rechtsleben künstlich erschwert und ihr praktischer Instinkt von vorneherein verbildet und irregeleitet worden, indem die römischen Quellen ihnen das geltende Recht eng verquickt mit veralteten Lebensverhältnissen vorführten. Nun mag die Auslösung der geltenden Rechtsregel aus dem Zusammenhange nicht mehr gültiger Thatbestände für manchen Juristen eine gute Schulung gewesen und ihm sogar schließlich zu einem wissenschaftlichen Genuß geworden sein; die große Mehrzahl der Juristen aber hat nur Schaden dadurch erleiden können.

Die herrschende Meinung urteilt über die Rezeption günstiger als ich. Selbst ein so begeisterter Germanist wie Gierke weist darauf hin, daß das römische Recht den Bedürfnissen der Neuzeit im Ganzen mehr entspreche als das mittelalterliche deutsche Recht; die Umwandlung des mittelalterlichen Rechts in ein modernes hätte das deutsche Volk zwar auch aus eigener Kraft vollbringen können, allein nicht in einheitlicher und gleichmäßiger Weise.[4]) Ich muß dem widersprechen. Die modernen Rechtsbedürfnisse, soweit sie in Wirklichkeit dem ganzen deutschen Volke gemeinsam sind, hätten auch ohne die Rezeption schließlich eine einheitliche Modernisierung des Rechts durch ihr eigenes Schwergewicht erzwungen. Höchstens kann durch die Rezeption die einheitliche Modernisierung unseres Rechts *beschleunigt* worden sein. Allein ist dies wirklich der Fall? In einigen Beziehungen gewiß; dies habe ich oben für die Ehen des niederen

4) Gierke, Privatrecht 1 § 2. Übereinstimmend Rosin, Krit. VJSchr. 3 F. III S. 94.

Adels bereits zugegeben; als weiteres Beispiel kann die Verdrängung des Rentenkaufs durch das hypothekarisch gesicherte Darlehn hinzugefügt werden, obschon diese Modernisierung von recht zweifelhaftem Wert ist. Auch die Beseitigung der altdeutschen Formenstrenge mag hierher gerechnet werden. Aber z. B. die Agrarreform —, sie ist erst drei Jahrhunderte nach der Rezeption begonnen und zwar, wie ich meine, gemäß rein moderner, „liberaler", nicht römischer Grundsätze. Ebenso ist unser Bergrecht, unser Urheberrecht, unser Recht der Wertpapiere einheitlich modernisiert, nicht durch römisches Recht, sondern sogar im Widerspruch zum römischen Recht.

Daß „im Laufe der Jahrhunderte unser Volk das römische Recht mit Not und Schmerzen, mit gewaltiger Gedankenarbeit und rastloser Selbsterziehung sich zu echtestem Eigen gemacht hat"[5]), ist zum Teil richtig und mag unser Urteil über das romanisierte deutsche oder das germanisierte römische Recht, wie es bei uns noch zur Stunde, am Schluß des 19. Jahrhunderts gilt, günstig beeinflussen. Dagegen kann die Wertschätzung der Rezeption selber dadurch nicht geändert werden. Oder werden wir über eine Brandstiftung deshalb milder urteilen, weil sie als spätere Folge einen Neubau verursacht hat, der schöner war als das alte verbrannte Gebäude?

6. Das römische Recht ist bei uns nicht in voller Reinheit aufgenommen, sondern hat bei der Rezeption gewisse Abänderungen erfahren, die zum Teil durch die Schule der Glossatoren und Postglossatoren bereits in Italien vorbereitet, zum Teil aber auch erst auf deutschem Boden entstanden sind. Es sind nämlich nicht bloß, wie schon erwähnt, rein negativ manche römische Institute von der Rezeption einfach ausgeschlossen worden, wie z. B. die Sklaverei, sondern es sind andere Institute geradezu positiv umgestaltet.

Beispiele: die Regel von dem formlosen Abschluß der Konsensualverträge wird auf alle andern Verträge ausgedehnt; bei Verpflichtungen, die an einem bestimmten Kalendertage zu erfüllen sind, tritt der Verzug des Schuldners ohne besondere Mahnung des Gläubigers ein (dies interpellat pro homine); die väterliche Gewalt erlischt, sobald der Sohn sich einen eigenen Haushalt gründet oder die Tochter sich verheiratet u. s. w.

7. Außer dem römischen Recht ist zu gleicher Zeit auch das kanonische Recht und das langobardische Lehnrecht in Deutschland rezipiert worden.

8. Die Litteratur der Rezeptionszeit ist beträchtlich. Sie ist zum großen Teil populärer Art, indem sie sich an solche Leser wendet, welche das Fremdrecht nur für den handwerksmäßigen Gebrauch erlernen wollten, also an Schöffen, Schreiber, Fürsprecher u. dgl.; als Beispiel sei der „Laienspiegel von rechtmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten" von Ulrich Tengler (1509) erwähnt[6]). Nicht selten gedenkt die Litteratur dieser Zeit übrigens auch des einheimischen Rechts; so z. B. das Rechtsbuch des

5) Zitelmann 1 S. 13.

6) Stintzing, Geschichte der populären Litteratur des röm.-kan. Rechts in D. (1867).

Eisenacher Stadtschreibers Purgold von etwa 1510. Bedeutenderen wissenschaftlichen Wert haben fast nur die römischrechtlichen Schriften des Ulrich Zasius [7]) († 1535, zuletzt Professor in Freiburg i. Br.).

c) Die Zeit nach der Rezeption bis zum Auftreten des Naturrechts.[1])

§ 5.

1. Nach der Rezeption hat das deutsche Recht sich großenteils, wie in den Zeiten des Mittelalters, im Wege der Gewohnheit fortentwickelt; so ist z. B. in vielen Teilen Deutschlands das mittelalterliche Verbot des Zinsennehmens gewohnheitsmäßig aufgehoben worden; gewohnheitsmäßig ist das Institut der Erbverträge, das der Todeserklärung Verschollener ausgebildet u. s. w. Nur hat das jetzige Gewohnheitsrecht seinen volkstümlichen Charakter zumeist verloren; denn die Stätte, wo das Gewohnheitsrecht seine Hauptwirksamkeit entfaltet, das Gericht, ist jetzt von fremdrechtlichen Juristen, von Doctores juris überflutet. Und dem Gewohnheitsrecht tritt jetzt auch in größerem Umfange wie früher die Gesetzgebung zur Seite. Am wenigsten gilt dies für die Reichsgesetzgebung, obschon auch hier ein Fortschritt nicht zu verkennen ist; so ist etwa das Erbrecht der Geschwisternachkommen durch den Reichsabschied von Speyer 1529 neugeregelt, die Zwangsvormundschaft über vaterlose Minderjährige durch die Reichspolizeiordnung von 1548 über den römischen Termin der Geschlechtsreife (14 bezw. 12 Jahre) hinaus bis zum Ende der Minderjährigkeit (25 Jahre) ausgedehnt, ein fester gesetzlicher Satz von 5 % für Verzugszinsen ist durch den Reichsdeputationsabschied von 1600 festgestellt worden u. s. w. Weit wichtiger waren aber die Landesgesetze. Neben Gesetzen über bestimmte einzelne Institute, z. B. den Eigentumserwerb an Grundstücken, den Viehhandel, das eheliche Güterrecht, das Bergrecht, das Lehnrecht sind hier namentlich die Landrechte zu nennen, welche eine größere Reihe von Instituten im Zusammenhang behandeln und deshalb als wirkliche „Gesetzbücher" anzusehen sind: freilich ist der Umfang dieser Landrechte sehr verschieden; weitaus am vollständigsten ist das letzte von ihnen, das vom Vizekanzler von Kreittmayr verfaßte Bayrische Landrecht von 1756, auch Codex Maximilianeus Bavaricus civilis genannt. Ähnlich diesen Landrechten haben in dieser Zeit auch viele Städte umfangreichere Gesetzbücher geschaffen; erwähnt sei z. B. die Nürnberger Reformation von 1479 und 1564, die Frankfurter Reformation von 1509 und 1578, das revidierte lübische Stadtrecht von 1586, die neuen Hamburger Statuten von 1605.

---

7) Stintzing, Ulrich Zasius (1857).

1) Stintzing, Gesch. der D. Rechtswissensch. Bd. 2 (84).

2. Für die Rechtsbildung in dieser Zeit war zumeist der Gegensatz des rezipierten Fremdrechts zu dem alteinheimischen Recht bestimmend; ein wirklich neues, selbständig gefundenes Recht kam weit seltner in Frage.

a) Die gelehrten Juristen wollten dem Fremdrecht eine immer größere Geltung verschaffen. In der eigentlichen Rezeptionszeit nämlich stand das Fremdrecht zunächst nur im Hintergrunde: wie oben festgestellt, sollte jeder einheimische Rechtssatz, wenn seine Geltung nur klar erweislich war, den Vorrang vor dem Fremdrecht haben. Damit waren nun aber die Freunde des römischen Rechts auf die Dauer nicht zufrieden. Das römische Recht erschien ihnen so unendlich erhaben über dem deutschen, daß sie jede Abweichung von den römischen Regeln zu gunsten der deutschen für einen Verstoß gegen die Vernunft, für eine Barbarei erachteten; außerdem war die gleichzeitige Handhabung zweier Rechtssysteme in der gerichtlichen Praxis natürlich nicht bequem und die Rücksichtnahme auf das heimische Recht, das man weder auf den Universitäten noch aus zeitgemäßen Büchern lernen konnte, schwierig; schließlich war auch die Rechtseinheit, welche man der Rezeption verdankte, wenig nutz, wenn dem einheitlichen Fremdrecht die zersplitterten deutschen Regeln vorgezogen wurden. So ging man dazu über, das Fremdrecht aus seiner subsidiären Stellung herauszuziehen und das heimische Recht möglichst zu beseitigen. Allerdings verfuhr man dabei nicht radikal. Man ließ also die Regel, daß das Fremdrecht nur subsidiär gelten solle, in der Theorie ruhig fortbestehen. Aber man machte jedesmal, wenn das Vorzugsrecht einer einheimischen Regel praktisch werden sollte, die größten Schwierigkeiten. Die Partei, welcher eine einheimische Regel zu gut gekommen wäre, mußte sich ausdrücklich auf sie berufen, als ob der Satz jura novit curia (das Gericht kennt das Recht und braucht also von den Parteien nicht darauf aufmerksam gemacht zu werden) bloß für das Fremdrecht und nicht gerade ganz besonders für das einheimische Recht Geltung hätte. Die Partei mußte die einheimische Regel sogar ganz bestimmt formulieren, derart, daß sie zu dem System der römischen Rechts- und Klagkategorieen paßte; brachte sie also die Regel etwa in der altgewohnten Form eines Sprichworts vor, so hatte sie meistens nur auf den Spott von Gericht und Advokaten zu rechnen. Die Partei mußte ferner die Geltung der Regel beweisen, und zwar die Geltung durch die Verjährungszeit hindurch, und erfuhr auch bei der Würdigung dieses Beweises eine pedantische, oft übelwollende Behandlung seitens der Gerichte. Auf diese Weise wurde eine deutsche Rechtsregel nach der andern thatsächlich außer Anwendung gesetzt. So ist z. B. in Württemberg das gesamte ältere deutsche Recht, soweit es nicht im württembergischen Landrecht besonders aufrecht erhalten war, in der Praxis einfach beseitigt worden, obschon das Landrecht dies keineswegs angeordnet hatte.[2]) Noch vollständiger hat der Gerichtsgebrauch das deutsche Recht z. B. in

---

2) Wächter, württemb. Privatr. 1 S. 1072.

den reichsritterschaftlichen Besitzungen auf dem hessischen Vogelsberge und in einzelnen geistlichen Herrschaften, z. B. dem Bistum Augsburg vertrieben.

b) In einzelnen Gegenden Deutschlands war aber die Praxis gegenüber dem Fremdrecht minder gefügig. Zwar die Rezeption des Fremdrechts ganz und gar auszuschließen oder rückgängig zu machen, wagte man nirgends. Aber man machte in diesen Gegenden wenigstens mit dem Satze ernst, daß das Fremdrecht bloß subsidiäre Geltung habe. Die Parteien wurden nicht müde, immer und immer wieder die heimischen Regeln den Gerichten vorzutragen und ihre gewohnheitsrechtliche Geltung und somit auch ihren Vorrang vor dem Fremdrecht darzuthun, und auch die Gerichte begegneten diesem Bestreben mit Wohlwollen. So bewahrte man sich hier, namentlich in den Gebieten des obersächsischen Rechts und in den Hansestädten, einen verhältnismäßig bedeutenden Schatz deutschen Rechts. Ja im Laufe der Zeit gewann dies Bestreben an Boden. Eine deutschrechtliche Reaktion begann. Immer mehr deutsche Regeln oder Rechtsinstitute, die schon vor dem Fanatismus der Doktoren ins Weichen gekommen waren, traten wieder in Geltung.

c) Die Gesetzgebung der Zeit behauptete gegenüber dem Kampfe zwischen fremdem und deutschem Recht begreiflicherweise eine sehr verschiedene Haltung. Überwiegend stand sie unter der Herrschaft der fremdrechtlichen Juristen und begünstigte deshalb das Fremdrecht. Am durchgreifendsten that sie dies, wenn sie eine kleine Reihe ausgewählter deutscher Regeln ausdrücklich als fortgeltend bestätigte, dafür aber den ganzen Rest deutschen Rechts, der in das Gesetz nicht aufgenommen war, in Bausch und Bogen beseitigte; so haben namentlich westdeutsche Gesetze, z. B. das Nassau-Catzenellnbogner Recht von 1616, die Solmser Gerichts- und Landesordnung von 1571, sowie die Landrechte der drei rheinischen Erzbistümer verfügt. Andrerseits haben einige deutsche Gesetze auch wieder am deutschen Rechte festgehalten und namentlich für einzelne Materien, wie das eheliche Güterrecht, den Eigentumserwerb an Grundstücken, das Pfandrecht, manche bereits durch das römische Recht verdrängte deutsche Vorschrift wieder in Geltung gesetzt. Von besonderer Bedeutung sind in dieser Richtung die kursächsischen Decisionen aus dem 16. und 17. Jahrhundert.

3. Die juristische Litteratur hat in dieser Zeit an Umfang sehr gewonnen. Anfangs beschäftigte sie sich freilich fast nur mit dem Fremdrecht; doch nahmen viele der juristischen Schriftsteller vorzugsweise auf die Handhabung des Fremdrechts in der Praxis der d e u t s c h e n Gerichte Rücksicht, stellten also das römische Recht in seiner spezifisch deutschen Anwendungsform dar; als Beispiele seien hier nur zwei Bearbeiter der Urteile des Reichskammergerichts, Mynsinger († 1568) und Gaill († 1587) erwähnt. Erst sehr allmählich gingen dann die romanistischen Schriftsteller dazu über, das deutsche Recht, wie es sich aus dem Zusammenwirken des rezipierten Fremdrechtes mit den in Geltung gebliebenen altdeutschen Regeln und neueren Gewohnheiten und Gesetzen gebildet hatte, im

Zusammenhang darzustellen; im Gegensatz zum reinen römischen Rechte nannte man dies Mischrecht „usus modernus pandectarum"; zu den Schriftstellern dieser Richtung zählten z. B. Carpzov († 1666) und Schilter († 1705). Manche Juristen widmeten auch den einzelnen heimischen Rechtsquellen eine gesonderte Darstellung, wie z. B. Mevius 1642 einen Kommentar zum lübischen Stadtrecht schrieb. Die Anfänge einer deutschen Rechtsgeschichte sind Hermann Conring († 1681) zu danken. Eine vom römischen Recht getrennte Darstellung des auf einheimischen Quellen beruhenden deutschen Rechts gab zuerst Beyer († 1714) in seinen Vorlesungen.

d) Die Neuzeit.

§ 6.

1. Die Neuzeit wird durch eine Reihe juristischer Theorieen, welche, zeitlich aufeinander folgend, das Rechtsleben unseres Volkes zu beherrschen suchen, charakterisiert.

a) Seit dem Ausgang des 17. Jahrhunderts trat zunächst die naturrechtliche Theorie auf. Sie ging über die Frage des geschichtlichen Ursprungs unseres positiven Rechts gleichgültig hinweg und nahm deshalb an dem Streit zwischen römischem und deutschem Rechte als solchem nicht Anteil. Vielmehr griff sie auf ein Idealrecht zurück, welches sie aus der innersten Natur des Menschen philosophisch abzuleiten suchte, und unterwarf vom Standpunkte dieses Idealrechts aus alles positive Recht, sowohl das römische, wie das einheimische, einer einschneidenden Kritik. Jetzt war die blinde Verehrung der überlieferten Gesetze dahin. Man wollte nicht mehr bei dem Rechte der deutschen Vorfahren oder dem der Römer beharren, bloß weil dies Recht einmal da war. Auch mit einer allmählichen, unmerklich fortschreitenden Weiterentwickelung des überlieferten Rechts wollte man sich nicht begnügen; nicht ein Ausbau des alten Rechts unter möglichst schonender Beibehaltung der alten Bauteile, sondern ein Neubau des Rechts wurde geplant. Eine Fülle neuer Rechtsgedanken erschien auf dem Plan. Daß sie alle gut gewesen wären, wird man nicht behaupten dürfen; oft genug waren sie lediglich irgend einem pedantischen Vorurteil entsprungen. Im ganzen aber bedeutete die neue Lehre eine unermeßliche Bereicherung unseres Rechtslebens. Sie erst hat unser Recht, das noch im 18. Jahrhundert trotz der Rezeption des Corpus juris ein überwiegend mittelalterliches Gepräge trug, zu einem neuzeitlichen Recht gemacht. Sie erst brachte einen kühneren, revolutionären Zug in unsere Rechtsgeschichte.

b) Der Hauptfehler der naturrechtlichen Schule war, daß sie den Wert des geschichtlich entstandenen Rechts zu gering schätzte und daß sie allzusehr geneigt war, einem absoluten Naturrecht, d. h. einem Rechte, welches für alle Völker und alle Zeiten gleichmäßig paßte, nachzujagen. Dem trat zu Anfang des 19. Jahrhunderts die historische Schule entgegen. Diese

Schule war nicht bloß bestrebt, die geschichtliche Entwicklung des Rechts mit wissenschaftlicher Gründlichkeit zu erforschen, sondern sie zog aus ihrer geschichtlichen Auffassung auch praktische Folgerungen für das Recht der Gegenwart und Zukunft. Sie nahm an, daß das überlieferte Recht nicht ein Erzeugnis der Willkür oder des Zufalls, sondern mit Notwendigkeit aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes, dessen Charakter entsprechend, erwachsen sei und daß es demgemäß auch nicht nach dem freien, rein verstandesmäßigen Gutdünken eines über dem Volke stehenden Gesetzgebers geändert werden solle, sondern sich selber organisch auswachsen müsse.

c) Seit der Mitte des 19. Jahrhunderts ist die geschichtliche Schule mehr und mehr verlassen. Seitdem herrscht eine Theorie, welche zwischen der geschichtlichen und der naturrechtlichen Auffassung zu vermitteln sucht, die also einerseits an das geschichtliche Recht anknüpft und dessen stätige organische Fortentwicklung zu pflegen bemüht ist, aber andrerseits vor einer freien Kritik des geschichtlichen Rechts nicht zurückscheut und nach Maßgabe des Ergebnisses dieser Kritik auch eine plötzliche, einschneidende, auf rein verstandesmäßiger Überlegung beruhende Änderung des alten Rechts befürwortet.

2. Die herrschenden Theorieen spiegeln sich in dem Gange der neueren Gesetzgebung wieder, wenn schon begreiflicherweise ihr Gegensatz hier minder schroff erscheint als in der rein wissenschaftlichen Erörterung.

a) Überwiegend unter naturrechtlichem Einfluß stehen die drei ersten großen „Kodifikationen", das preußische allgemeine Landrecht von 1794, der code civil von 1804, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Das zeigt sich zunächst formell darin, daß alle drei Gesetzbücher das bis dahin in Geltung gewesene römische Recht nicht einmal, wie das doch noch das bayerische Landrecht von 1756 gethan hatte, als subsidiäres Recht fortgelten lassen, sondern ausdrücklich aufheben; damit ist der Faden, welcher das überlieferte Recht mit dem neuen Rechte der Gesetzbücher hätte äußerlich verknüpfen können, zerschnitten; das neue Recht gibt sich nicht als eine Zuthat zu dem älteren Recht, sondern will das ältere Recht ganz ersetzen; so stellen die neuen Gesetzbücher einen formellen Bruch mit dem älteren Recht dar. Der code civil und das österreichische Gesetzbuch heben außerdem auch das ältere Recht nichtrömischen Ursprungs auf, indem sie alle örtlichen und provinziellen Gesetze und Gewohnheiten beseitigen; dagegen ist das preußische Landrecht in dieser Beziehung minder radikal; es läßt die örtlichen und provinziellen Sonderrechte wenigstens vorläufig fortbestehen. Aber auch inhaltlich zeigt sich der Einfluß der naturrechtlichen Anschauung auf die Gesetzbücher. Allerdings knüpfen alle drei in der Mehrzahl ihrer Bestimmungen inhaltlich an das ältere Recht an, indem sie dessen Regeln nur neu formulieren; von einem völligen Neubau des Rechts auf naturrechtlicher Grundlage, wie die radikalen Theoretiker ihn ersonnen, ist also in der Praxis keine Rede; so kommt es, daß wenigstens das preußische Landrecht sogar die Überlieferungen des Mittelalters schont und z. B. ein

System der Leibeigenschaft und des Lehnrechts aufstellt. Aber die Anknüpfung an das überlieferte Recht geschieht doch überall mit dem Vorbehalt freiester Kritik. Jedes einzelne ältere Institut, jede einzelne ältere Regel wird nach Maßgabe naturrechtlicher Anschauungen auf ihre innere Berechtigung hin geprüft und, wenn die Prüfung ein ungünstiges Ergebnis hat, schonungslos verworfen. So stellt z. B. das preußische und das französische Gesetzbuch ein neues Ehescheidungsrecht auf, welches mit überraschender Kühnheit die Überlieferung fast eines Jahrtausends verwirft und namentlich bei Übereinstimmung beider Gatten die Ehescheidung ihrer Willkür anheimgibt.

b) Seit dem zweiten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts lenkt die Gesetzgebung unter dem Einfluß der historischen Schule in neue Bahnen ein. Sie schont — mit fast alleiniger Ausnahme der Agrargesetzgebung — ängstlich das bestehende Recht, verhält sich deshalb meist ganz unthätig, und wenn sie eingreift, sucht sie den Zusammenhang mit der Überlieferung zu wahren. So bleiben selbst die größten Übelstände des geltenden Rechts ungeändert. Preußen wagt es z. B. nicht, sein Landrecht in allen 1815 neu erworbenen Provinzen einzuführen, sondern läßt in den Gebieten des französischen Rechts den französischen Text des code civil, in den rechtsrheinischen Teilen des Regierungsbezirks Koblenz und in Neuvorpommern das römische Recht samt einer Masse kleiner Sonderrechte fortbestehen; ebensowenig machen Bayern und Hannover einen ernstlichen Versuch, die neugewonnenen Gebiete einem einheitlichen Rechte unterzuordnen. Nur Sachsen rafft sich zu einem Gesetzbuch auf, das äußerlich an die drei großen Kodifikationen erinnert und das ältere Recht formell beseitigt; aber auch dies geschieht erst 1863; und inhaltlich ist das sächsische Gesetzbuch so „geschichtlich", daß es selbst die für uns am wenigsten passenden römischen Regeln in neuer Formulierung aufrechthält, z. B. die römische Form des Schenkungsversprechens.

c) Seit der Mitte dieses Jahrhunderts begann die Gesetzgebung auf den Boden der vermittelnden Lehre überzutreten. Hier ist zunächst die Wechselordnung (1848) und das Handelsgesetzbuch (1861) zu nennen; sodann gehört die große Fülle der neueren Einzelgesetze hierher, z. B. das preußische Berggesetz (1865), die preußische Gesetzgebung über die Rechtsverhältnisse der Liegenschaften (1872), das bayerische Vereinsgesetz (1869), die Reichskonkursordnung (1877).

3. Neben dem Gesetzesrechte hat auch das Gewohnheitsrecht sich in der Neuzeit weiter entwickelt und z. B. das Institut der Wertpapiere, die Verträge zu gunsten Dritter, das Recht am Namen wesentlich gefördert. Doch steht es jetzt durchaus in zweiter Reihe. Es ist vom Gesetzesrecht überflutet.

4. Der Rechtsstoff ist nach wie vor, seiner Herkunft gemäß, in einen einheimischen und einen fremden zu scheiden. Doch hat im ganzen der einheimische Rechtsstoff an Umfang gewonnen, der fremde verloren.

a) Zunächst ist im Laufe der Zeit eine Fülle neuen Rechts geschaffen.

Man darf dies neue Recht ohne weiteres als deutsch bezeichnen, weil es ja bei uns und durch uns entstanden ist. Minder ehrwürdig als das altdeutsche Recht, dessen Wurzeln bis in das Mittelalter zurückreichen, ist es deshalb nicht minder deutsch. Hierher ist z. B. das Urheberrecht, das neuere Gewerberecht, das neuere Vormundschaftsrecht zu rechnen. Manche Institute des neuen Rechts, z. B. das Urheberrecht sind freilich international, also nicht spezifisch deutsch. Aber sie sind deshalb doch nicht „fremd", nicht aus dem Auslande importiert, sondern von dem deutschen Volke selber geschaffen, wenn schon nicht allein von ihm, sondern in Gemeinschaft mit den übrigen Völkern.

b) Sodann ist, wie bereits erwähnt, im Gebiete des preußischen, österreichischen und sächsischen Gesetzbuchs das römische Recht formell aufgehoben worden, und damit dem deutschen Volke die Schande abgenommen, daß seine Gerichte nach einem byzantinischen, in lateinischer Sprache geschriebenen Gesetzbuche ihre Entscheidungen zu treffen hatten. Und diese Aufhebung ist nicht bloß eine formelle gewesen. Freilich enthalten jene drei deutschen Gesetzbücher eine große Reihe fremdrechtlicher, namentlich römischer Regeln, sodaß sie in manchen Teilen lediglich eine Neuformulierung des römischen Rechts in deutscher Sprache darstellen; dafür bringen sie aber auch wieder in Hülle und Fülle Regeln, welche mit den Bestimmungen des älteren deutschen Rechts übereinstimmen.

Als Beispiele deutscher Regeln, die in den neueren Gesetzbüchern bewußt oder unbewußt wieder anerkannt werden, sei folgendes erwähnt. Aus dem preußischen Landrecht: der Schoßfall, die Regel, daß die Gefahr der Ware erst mit der Übergabe auf den Käufer übergeht, daß ein Pfand an Fahrnis nur als Faustpfand bestellt werden kann, daß auch Kinder und Geisteskranke für den von ihnen angerichteten Schaden haftbar sind, daß Kauf nicht Miete bricht, daß der Erbe die Erbschaft ohne Antritt von Rechts wegen erwirbt u. s. f. Aus dem österreichischen Gesetzbuch: der Satz „Hand wahre Hand", die Parentelenordnung. Aus dem sächsischen Gesetzbuch der Satz, „wer säet, der mäht", ferner die Sachsenbuße. Auch die Reichsgesetze, wie z. B. das Handelsgesetzbuch, enthalten vielfach älteres deutsches Recht.

c) Andrerseits hat in der Neuzeit das ältere deutsche Recht auch große Einbußen erlitten: die Ritter- und Bauergüter, die Erbgüter, das Lehnrecht, die Bann- und Zwangsrechte, die gesetzlichen Näherrechte, die Geschlechtsvormundschaft, die Verjährungsfrist von Jahr und Tag, die Einkindschaft u. s. w. — alle diese deutschen Institute sind abgestorben oder im Absterben begriffen oder auf ein ganz kleines Geltungsgebiet beschränkt. Doch liegt hier, genau besehen, nicht eine Niederlage des deutschen Rechts als solchen vor. Vielmehr hat unser Volk diese Institute aus eigener Kraft als veraltet abgestreift; es hat sein altdeutsches Recht durch neudeutsches ersetzt.

d) Weit schlimmer war der Verlust an deutschem Rechte, der dadurch eintrat, daß zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu den bisher aufgenommenen

Fremdrechten nun noch ein neues hinzukam, das französische. Doch drang dies Recht nur in einem Teile Deutschlands ein, nämlich in den Rheinlanden. Und es war wenigstens inhaltlich nicht ein durchaus fremdes Recht; denn eine ganze große Zahl französischer Institute beruht auf altfränkischem, also deutschem Recht; ja es ist vorgekommen, daß manche altdeutsche in Deutschland selbst fast verschollene Regel gerade von den Franzosen festgehalten und nun durch die Rezeption des französischen Rechts, also auf dem Umwege über Frankreich, auch in Deutschland wieder zur Geltung gekommen ist; so z. B. der Satz „Hand wahre Hand", die strenge Haftung des Schuldners für seine Gehilfen u. s. w. Deshalb und da zugleich das französische Recht ein höchst modernes war, ist es in der deutschen Rheingegend geradezu volkstümlich geworden, erklärlich genug, wenn man bedenkt, wie das frühere „deutsche" Recht der Rheinlande arg romanisiert, thöricht zersplittert, scholastisch verfahren war. — Die Einführung des französischen Rechts ist in denjenigen deutschen Gebieten, die von Frankreich annektiert worden waren, durch Napoleon verfügt; außerdem ist sie in einigen Rheinbundsstaaten (Baden, Königreich Westfalen, Großherzogtum Berg) von den dortigen Landesherrn angeordnet. Nach dem Sturz Napoleons ist das französische Recht nur in einigen dieser Gebiete, z. B. in Cassel, wieder abgeschafft.

5. Die Rechtszersplitterung ist in dieser Zeit noch größer geworden wie vorher. Denn Preußen, Österreich und Sachsen hatten sich vom römischen Recht ganz losgesagt und damit das einzige privatrechtliche Band zerschnitten, welches bis dahin alle deutschen Gebiete einigermaßen zusammengehalten hatte; ein ganz neues Rechtsgebiet war hinzugekommen, das französische; und auch die beim römischen Recht verbliebenen Staaten hatten, indem jeder von ihnen mit bald größerem, bald geringerem Eifer für sein Gebiet Gesetze machte, sich immer weiter von einander getrennt. Andrerseits waren auch Zeichen der Besserung vorhanden. Schon vor der Gründung des neuen deutschen Reichs sind einzelne wichtige Zweige des Privatrechts für ganz Deutschland einheitlich geregelt worden (Urheberrecht, Wechselrecht, Handelsrecht); und das neue deutsche Reich hat durch seine Gesetzgebung gleichfalls die Rechtseinheit wesentlich gefördert, z. B. auf dem Gebiete des Eherechts, des Konkursrechts, des Gewerberechts. Außerdem beseitigten einige der größeren Staaten wenigstens die innerhalb ihrer besonderen Grenzen geltenden Rechtsverschiedenheiten, nämlich Württemberg, Baden, Sachsen, während Preußen, Bayern, Hessen, Mecklenburg und selbst Kleinstaaten von der Größe Schwarzburg-Rudolstadts, die Rechtseinheit nicht einmal innerhalb ihres eigenen Gebiets zustande brachten.

Im folgenden soll eine Übersicht der deutschen Rechtsgebiete, wie sie sich gegen den Ausgang des neunzehnten Jahrhunderts gestaltet hatten[1]), gegeben werden.

---

1) Eine Übersicht ist als Anlage I der Denkschrift beigegeben, mit welcher der Entw. des BGB.s dem Reichstage überreicht wird. Leider ist diese Übersicht, trotz des großen offi-

I. Rechtsgebiete, in denen das römische Recht keine formelle Geltung hat, etwa zwei Drittel des Deutschen Reichs.

1. Gebiet des preußischen Landrechts mit über 21 Millionen Einwohnern. Es umfaßt

a) etwa zwei Drittel Preußens, nämlich die 7 östlichen Provinzen (ausgenommen den Reg. Bez. Stralsund), die Provinz Westfalen, 6 Kreise der nordöstlichen Rheinprovinz (Rees, Ruhrort, Duisburg, Essen, Essen-Land, Mühlheim a. R.) und Teile von Hannover z. B. Ostfriesland;

b) einen Teil Bayerns (Ansbach, Bayreuth);

c) einige Orte Sachsen-Weimars.

Das Landrechtsgebiet bildet keine Einheit. Denn zunächst ist in dem preußischen Teile des Landrechtsgebiets durch die neuere preußische, in dem bayrischen Teile durch die neuere bayrische Gesetzgebung manche wichtige Änderung eingetreten. Ferner ist in einigen preußischen Gebieten (z. B. Kurmark, Neumark, ein Teil des Reg. Bez. Arnsberg) das Landrecht nur unvollständig, nämlich mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts und des gesetzlichen Erbrechts, eingeführt. Endlich sind im größten Teile des Landrechtsgebiets die bisherigen Provinzialrechte in Kraft geblieben, und das Landrecht hat hier nur subsidiäre Geltung. Beispielsweise ist erhalten geblieben: das ostpreußische Provinzialrecht, kodifiziert 1801, — das westpreußische Provinzialrecht, kodifiziert 1844, — das märkische Recht, nicht kodifiziert; wichtigste Rechtsquelle ist die Constitutio Joachimica von 1527 — das lübische Recht (in mehreren pommerschen Städten) — die magdeburger Polizeiordnung von 1688 — das westfälische Ges. vom 16. April 1860 betreffend das eheliche Güterrecht — das ostfriesische Landrecht von 1515 — das bayreuther und ansbacher Provinzialrecht.

2. Das Gebiet des französischen Rechts mit über 8 Millionen Einwohnern. Es umfaßt ganz Baden und ganz Elsaß-Lothringen, außerdem den größten Teil der preußischen Rheinprovinz (nämlich das ganze linke Rheinufer und vom rechten Rheinufer alle zum Regierungsbezirk Köln und die südlichen zum Regierungsbezirk Düsseldorf gehörigen Kreise), Rheinhessen, Rheinpfalz und das oldenburgische Fürstentum Birkenfeld. Die alten Provinzial- und Ortsrechte sind hier durchweg aufgehoben. Dagegen haben die einzelnen zu diesem Gebiet gehörigen Staaten, jeder für seinen Anteil, abändernde Gesetze erlassen, sodaß z. B. das französische Grundbuchrecht die allerverschiedensten Formen angenommen hat. Außerdem hat Baden insofern eine Ausnahmestellung, als es den code civil in einer amtlichen Übersetzung unter dem Titel „Badisches Landrecht" eingeführt hat, während in den anderen Staaten das französische Gesetzbuch im Urtext gilt.

3. Das Rechtsgebiet des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs mit $3\frac{1}{2}$ Million Einwohnern. Es umfaßt nur das Königreich Sachsen und bildet rechtlich eine Einheit.

4. In einigen wenigen Orten Bayerns gilt das österreichische Gesetzbuch von 1811; in einigen Teilen Schleswigs gilt dänisches oder friesisches Recht.

II. Rechtsgebiete, in denen das römische Recht subsidiäre Geltung besitzt, mit über 16 Millionen Einwohnern. Hierher gehören ganz Württemberg und Mecklenburg, sämtliche Kleinstaaten von Sachsen-Weimar abwärts, außerdem Bayern mit Ausnahme von Bayreuth, Ansbach und der Rheinpfalz — Hessen-Darmstadt mit Ausnahme Rheinhessens — Oldenburg mit Ausnahme Birkenfelds — von Preußen: die ganze Provinz Hessen-Nassau, der größte Teil der Provinzen Hannover und Schleswig-Holstein, ferner der Reg.Bez. Stralsund, der rechtsrheinische Teil des Reg.Bez. Coblenz, endlich Hohenzollern.

Auch das römisch-rechtliche Gebiet bildet keine rechtliche Einheit, sondern zerfällt in verschiedene große und kleine Provinzen. Einmal hat jeder einzelne zum römischrechtlichen Gebiet gehörige Staat innerhalb seiner staatlichen Grenzen Sondergesetze erlassen. Aber wichtiger noch: eine ganze Reihe älterer, d. h. vor der Festsetzung der heutigen staatlichen Grenzen entstandener Gesetze und Gewohnheiten hat sich neben dem gemeinen Recht erhalten, sodaß die privatrechtlichen Bezirke mit den heutigen Staatsgrenzen durchaus nicht immer zusammenfallen. Als Beispiele derartiger Bezirke seien folgende genannt:

---

ziellen Apparats, der ihrem Verfasser zur Verfügung stand, ungenügend; so teilt sie z. B. einen ganzen preußischen Kreis (Meisenheim) zu Unrecht dem gemeinen (statt dem französischen) Rechte zu.

1. Das Gebiet des gemeinen Sachsenrechts umfaßt Anhalt, die thüringischen Staaten, Lauenburg und einen Teil Holsteins und Oldenburgs. Hier gilt mit dem Vorrang vor dem römischen Recht der Sachsenspiegel als Gesetzbuch.

2. Das Gebiet des bayrischen Landrechts umfaßt die altbayrischen Stammlande (Ober-, Niederbayern, Oberpfalz und Neuburg) und Berchtesgaden. Rechtsquelle: der **Codex Maximilianeus Bavaricus civilis** von 1756.

3. Das Gebiet des württembergischen Landrechts von 1610 umfaßt ganz Württemberg, und zwar mit Ausschluß aller Ortsrechte.

4. Das Gebiet des Solmser Rechts umfaßt nicht bloß die früheren Solmser Territorien, sondern auch das Gebiet der Isenburgs, die Grafschaft Hanau, die den Stolbergs gehörige Grafschaft Königstein, Leiningensche Gebiete, also große Teile der jetzigen hessischen Provinzen Oberhessen und Starkenburg, Teile von Kurhessen, Nassau und des Reg. Bez. Koblenz. Hauptquelle: die von dem Frankfurter Stadtschreiber Johann Fichard verfaßte, 1571 veröffentlichte Solmser Gerichts- und Landesordnung.

5. Das Gebiet des Mainzer Landrechts von 1755. Dieses Gesetz ist auf dem linken Rheinufer, namentlich in Mainz selbst, durch das französische Recht verdrängt. Sein Geltungsgebiet umfaßt jetzt nur noch den rechtsrheinischen Teil des vormaligen Kurfürstentums Mainz (jetzt zu Hessen-Darmstadt, Nassau und Bayern gehörig) und die Stadt Wetzlar.

6. Das Gebiet des fuldischen Rechts umfaßt das alte fulder Land und dazu gehörige Lehen, jetzt zu Kurhessen, Hessen-Darmstadt und Unterfranken gehörig. Das fuldische Recht ist zumeist ungeschriebenes Gewohnheitsrecht.

7. Das Gebiet der fränkischen Landgerichtsordnung von 1618 umfaßt das vormalige Bistum Würzburg (jetzt zu Unterfranken gehörig).

8. Das Gebiet des dithmarscher Landrechts von 1567 in Teilen Holsteins.

9. Das Gebiet des jütischen Gesetzbuchs (**jütisk low**) von 1590 im größeren Teil von Schleswig.

10. Besonders wichtig sind auch einzelne Stadtrechtsgebiete. Am bedeutendsten ist das Gebiet des lübischen Rechts: es umfaßt außer Lübeck eine ganze Reihe holsteinscher, mecklenburgscher und oldenburgscher Städte.

6. Die wissenschaftliche Litteratur hat sich in der Neuzeit aufs reichste entfaltet. Eine Übersicht ihrer Entwickelung soll hier nicht versucht werden. Nur sei erwähnt, daß in Deutschland die Hauptvertreter des Naturrechts Thomasius († 1728) und Kant († 1804), der historischen Schule Savigny († 1861) und Eichhorn († 1854) gewesen sind.

e) Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

§ 7.

1. Der Wunsch nach einem einheitlichen, das ganze deutsche Volk umfassenden bürgerlichen Gesetzbuche — nachdem er schon früher, namentlich von Conring und Leibnitz, verfochten war — ist seit dem Sturze des römischen Reichs deutscher Nation und der napoleonischen Fremdherrschaft mit besonderer Lebhaftigkeit geäußert worden.[1]) Namentlich fand er Ausdruck in der berühmten Schrift des Heidelberger Juristen Thibaut „über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland" (1814), der dann freilich Savigny in seiner noch berühmteren Abhandlung „von dem Berufe unserer

1) Vierhaus bei B. u. F. Heft 1 (88), Schwarz bei K. u. R. 1 S. 1 (88).

Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" (gleichfalls 1814) nachdrücklich widersprach.

2. Doch hat die Erfüllung des Wunsches lange auf sich warten lassen.

a) Solange der deutsche Bund bestand, fehlte es an einer zentralen Gesetzgebungsgewalt, welche auch gegen den Widerspruch des einen oder anderen Staats dem deutschen Volke ein gemeinsames Gesetzbuch hätte schaffen können, durchaus. Vielmehr war damals in Deutschland eine einheitliche Gesetzgebung nur möglich, wenn alle Staaten freiwillig und einmütig bei ihr mitwirkten. Eine derartige Einmütigkeit ist aber nur für einige wenige Rechtsmaterien zu erreichen gewesen, nämlich, wie bereits erwähnt, für das Urheber-, das Wechsel- und das Handelsrecht, — auch hier übrigens unvollkommen genug. Außerdem ist es für das Obligationenrecht wenigstens zur Ausarbeitung eines Entwurfs gekommen — durch eine Konferenz, welche auf Einladung des Bundestages 1863—1866 in Dresden zusammentrat; da indes an dieser Konferenz zwar Österreich, die vier kleineren Königreiche und noch fünf andere Staaten, nicht aber Preußen und der Rest der anderen Staaten teilnahm, so hatte der Dresdener Entwurf nicht die mindeste Aussicht auf Annahme. Für das Personen-, Sachen-, Familien- und Erbrecht endlich ist es nicht einmal zur Ausarbeitung eines Entwurfs gekommen.

b) Auch die Gründung des norddeutschen Bundes und des deutschen Reichs hat in den ersten Jahren das Zustandekommen eines bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gefördert. Freilich war jetzt eine starke zentrale Gesetzgebungsgewalt geschaffen. Allein es war dieser Gesetzgebungsgewalt nicht das ganze bürgerliche Recht, sondern nur ein Teil (Handels-, Wechsel-, Urheber-, Obligationenrecht) unterstellt.

c) Erst das Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873, das auf einen Antrag des Abgeordneten Lasker erging, hat die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung auf das ganze bürgerliche Recht ausgedehnt. Immerhin sollte noch fast ein Vierteljahrhundert verfließen, ehe ein einheitliches bürgerliches Gesetzbuch für das ganze Reich wirklich zu stande kam, indem zwei nacheinander tagende Kommissionen 21 Jahre lang (1874—1895) mit der Ausarbeitung zweier Entwürfe — des Entwurfs erster und des Entwurfs zweiter Lesung — verbrachten, worauf dann die endgültige Feststellung des Gesetzbuchs durch Bundesrat und Reichstag in der verhältnismäßig kurzen Zeit von dreiviertel Jahren erfolgt ist. 1896 war das große Werk vollendet.

Nachdem das Reich die Zuständigkeit für das gesamte bürgerliche Recht erhalten hatte, wurde zunächst eine Vorkommission eingesetzt, um einen Plan für die Ausarbeitung des bürgerlichen Gesetzbuchs festzustellen. Diese Vorkommission hat im März und April 1874 in Berlin getagt; von den Mitgliedern sei nur der Handelsrechtslehrer Goldschmidt erwähnt; der von der Vorkommission aufgestellte Arbeitsplan ist später im wesentlichen eingehalten worden.[2]) Am 17. September 1874 trat alsdann die vom Bundesrath erwählte erste Kommission

2) Abgedruckt bei Gruchot 21 S. 175, s. auch Vierhaus bei B. u. F. 1 S. 46.

zur Ausarbeitung des bürgerlichen Gesetzbuchs in Berlin zusammen; ihr Vorsitzender war der preußische Jurist Pape, damals Präsident des Reichsoberhandelsgerichts, zwanzig Jahre früher ein hervorragender Mitarbeiter bei der Abfassung des Handelsgesetzbuchs († 1888); die übrigen Mitglieder waren 8 Praktiker, nämlich zwei preußisch-landrechtliche (Johow, Kurlbaum), drei gemeinrechtliche (v. Schmitt aus München, v. Kübel aus Stuttgart, Planck aus Celle), zwei französische (Derscheid aus Kolmar, Gebhard aus Karlsruhe), endlich ein sächsischer (v. Weber aus Dresden), außerdem zwei Theoretiker, Windscheid als Romanist, Roth als Germanist; doch ist Windscheid schon 1883 ausgeschieden, dagegen an Stelle des 1884 verstorbenen Kübel ein andrer Theoretiker, Mandry, eingetreten. Die Kommission begann nun wie folgt ihre Arbeit:

1. Für jeden Teil des Gesetzbuchs wurde ein besonderer Redaktor gewählt, nämlich Gebhard für den allgemeinen Teil, Johow für das Sachenrecht, Kübel für das Obligationenrecht, Planck für das Familienrecht, Schmitt für das Erbrecht. Jeder der Redaktoren arbeitete für seinen Teil selbständig einen Entwurf samt Motiven aus; doch fanden zur Vermeidung von Widersprüchen häufig kollegiale Beratungen der fünf Redaktoren meist unter Mitwirkung Papes statt; nur über wenige prinzipielle Punkte hat schon in diesem Stadium die Gesamtkommission Beschluß gefaßt. Nach sechsjähriger Arbeit (1880) waren die den Redaktoren aufgetragenen Teilentwürfe vollendet, ausgenommen der über das Obligationenrecht, da dessen Redaktor erkrankt war.

2. Nunmehr trat die Gesamtkommission dauernd in Thätigkeit, indem sie die Teilentwürfe ihrer Redaktoren der Reihe nach beriet; für das Obligationenrecht legte sie ihrer Beratung den Entwurf der Dresdener Konferenz zu Grunde. Dieses Stadium der Beratung dauerte von 1881—1887. Es schloß damit ab, daß die Kommission den Entwurf I. Lesung feststellte und dem Bundesrat überreichte, zusammen mit ausführlichen Motiven, die für jeden Teil des Entwurfs von dem betreffenden Redaktor oder den ihm beigegebenen Hilfsarbeitern ausgearbeitet, von der Gesamtkommission aber weder beraten noch genehmigt waren. Dieser Entwurf samt den Motiven ist alsdann 1888 auf Beschluß des Bundesrats im Druck veröffentlicht, während bis dahin über die Beratungen der Kommission nur selten eine Veröffentlichung gemacht worden war.

Es gingen nun zahlreiche Kritiken ein; sie lauteten, namentlich soweit sie eingehender begründet waren, überwiegend ungünstig für den Entwurf: entweder völlige Verwerfung oder gründliche Umarbeitung war fast allgemein die Losung. Der Bundesrat beschloß dann auch (1890), eine zweite Kommission zur Umarbeitung des ersten Entwurfs zu bestellen; von Mitgliedern der ersten Kommission wurden in diese zweite übernommen: Gebhard, Planck, Mandry; als neue Mitglieder traten ein die Praktiker Öhlschläger, Küntzel, Eichholz (Preußen), Jacubezky (Bayern), Rüger (Sachsen), Dittmar (Hessen), Wolffson (Hamburg); als nicht ständige Mitglieder wurden außerdem zur Beratung einzelner Punkte zugezogen: 3 Theoretiker (zwei juristische: von Cuny und Sohm; ein nationalökonomischer: Conrad), 3 Großgrundbesitzer (v. Manteuffel, v. Gagern, v. Helldorff), ein Bergwerksverständiger (Leuschner), ein Forstmann (v. Danckelmann), ein Bankier (Russel), und ein Industrieller (Brauereidirektor Goldschmidt), endlich zwei Richter (Spahn, Hoffmann) und ein Anwalt (Wilke); bei der Auswahl der unständigen Mitglieder war zugleich auf deren parlamentarisch-politische Stellung Rücksicht genommen, sodaß jede der Hauptparteien, ausgenommen die sozialistische, in der neuen Kommission vertreten war. Den Vorsitz führte anfangs Öhlschläger, später nach mehrfachem Wechsel Küntzel. Die Kommission legte ihrer Beratung den Entwurf erster Lesung zu Grunde, hat ihn aber in überraschend großem Umfang abgeändert; anders als die erste Kommission ließ sie über den Gang ihrer Verhandlungen häufig Bekanntmachungen ergehen und hat auch ihren Entwurf, sobald ein größerer Teil fertig war, veröffentlicht. Im Oktober 1895 schloß sie den Gesamtentwurf ab.

Darauf hat der Bundesrat selber noch eine Revision des Entwurfs unternommen, jedoch keine sehr eingreifende. Schon am 18. Januar 1896 ist der Bundesratsentwurf dem Reichstage übergeben. Der Reichstag überwies den ganzen Entwurf einer Kommission von 28 Mitgliedern; in ihr führte den Vorsitz der Zentrumsabgeordnete Spahn; als Mitglieder waren Vertreter sämtlicher Parteien gewählt. Am 19. Juni begann auf Grund der Kommissions-

beschlüsse die zweite Beratung des Entwurfs im Plenum des Reichstages und schloß am 27. Juni, die dritte Lesung fand am 30. Juni und 1. Juli statt. Auch der Reichstag hat an dem Entwurfe verhältnismäßig wenig zu ändern gewußt. Demnächst ist das BGB. samt einem Einführungsgesetz am 18. August 1896 als Gesetz verkündet worden.

d) Zur Ergänzung des bürgerlichen Gesetzbuchs soll eine Grundbuchordnung und ein Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen, ergehen. Sodann sollen verschiedene ältere Reichsgesetze durch Neuredaktionen formell und sachlich in Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Gesetzbuch gebracht werden, vor allem die Konkursordnung, die Zivilprozeßordnung und das Handelsgesetzbuch. Schließlich wird jeder einzelne deutsche Staat durch eine Reihe besonderer Landesgesetze den Rest des der Partikulargesetzgebung verbleibenden Privatrechts einer mehr oder minder eingreifenden Revision unterwerfen.

e) Diese ganze Gesetzgebung wird mit dem 1. Januar 1900 in Kraft treten.

3. Das bürgerliche Gesetzbuch bedeutet einen Sieg des einheimischen Rechts über das Fremdrecht, so glänzend, wie man ihn noch vor 50, ja noch vor 20 Jahren nicht zu hoffen wagte.

a) Zunächst ist, soweit die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs und der ergänzenden Reichsgesetze reichen, das gesamte Fremdrecht mit einem Schlage formell außer Kraft gesetzt; statt der lateinischen und französischen gelten fortab überall formell deutsche Regeln. Was aber die Materien betrifft, mit welchen die Reichsgesetze sich nicht befassen, wie das Berg-, das Wasser-, das bäuerliche Erbrecht, so hat es für diese schon früher römisch-kanonische Regeln kaum gegeben; dagegen kommen hier einige französische Gesetze in Betracht und werden zunächst auch weiter in Geltung bleiben; ebenso wird das langobardische Lehnrecht als gemeines deutsches Lehnrecht fortbestehen. Das Ergebnis ist also: von den rezipierten Fremdrechten verschwindet das römisch-kanonische fast ganz; das französische wird auf die reichsrechtlich nicht geregelten Materien beschränkt; das langobardische Recht behält seinen Besitz.

Das französische Recht wird fortab übrigens eine mehr negative Bedeutung haben. Denn es hat sich in den reichsrechtlich nicht geregelten Materien vielfach darauf beschränkt, die deutschrechtlichen Institute, z. B. das bäuerliche Anerbenrecht, die Familienfideikommisse einfach abzuschaffen; und da die Reichsgesetze sich mit diesen Materien eben nicht befassen, und auch die Landesgesetze in dem vormals französisch-rechtlichen Gebiete diese negative Richtung des französischen Rechts meistens nicht geändert haben (ausgenommen in Baden), wird es dabei zunächst sein Bewenden behalten. Dagegen sind die positiven Regeln, welche das französische Recht bezüglich dieser Materien (z. B. des Berg- und Fischereirechts) aufstellt, meistens schon vorher durch Landesgesetze beseitigt oder werden in Kürze beseitigt werden. — Die Fortdauer des langobardischen Lehnrechts hat überhaupt keine große Bedeutung, weil das ganze Lehnrecht im Absterben begriffen ist.

b) Auch inhaltlich ist das Fremdrecht durch das Reichsgesetzbuch sehr zurückgedrängt. Allerdings ist eine ganze Reihe wichtiger Regeln, welche das Reichsgesetzbuch bringt, ihrem überwiegenden Inhalte nach römisch; so das ganze Testamentsrecht, der Eigentumserwerb an Früchten, die Haftung des Verkäufers für Mängel der Ware u. s. w. Aber dafür ist eine andere Reihe nicht minder wichtiger Bestimmungen des Reichsgesetzbuchs deutsch: so die Art, wie der gesetzliche oder der Testamentserbe die Erbschaft erwirbt, die Regeln über die Gefahr der Ware beim Kauf, über die gesamte Hand beim Gesellschaftsvertrage, über den Eigentumserwerb und die Eigentumsklagen an Fahrnis, über die Ersatzpflicht bei schuldloser Schadensanstiftung, der Satz „Kauf bricht nicht Miete", sodann das ganze Familienrecht, fast das ganze Recht der unbeweglichen Sachen, das gesetzliche Erbrecht u. s. w. Man kann beinahe sagen: wo nur immer bisher ein deutsches Landesgesetz für seinen engeren Geltungsbereich eine deutschrechtliche Regel aufgestellt hat, erhebt jetzt das Reichsgesetzbuch die Regel zum Reichsrecht. Noch nie ist, seitdem überhaupt das Fremdrecht bei uns eingedrungen, ein deutsches Gesetzbuch erschienen, welches in so hohem Maße sich zu altdeutscher Rechtsanschauung bekennt, wie das jetzige bürgerliche Gesetzbuch. Und auch da, wo das bürgerliche Gesetzbuch sich auf römische Grundlage stellt, wie etwa bei der Behandlung des rechtsgeschäftlichen Irrtums oder im Besitzrecht, entwickelt es seine Regeln so frei, so selbständig, daß sie schließlich doch ein deutsches Gepräge zeigen.

Sehr bemerkenswert ist, wie die deutsche Gesinnung des Gesetzbuchs im Laufe der Beratung immer weitere Fortschritte gemacht hat; so erkennt z. B. der Johow'sche Teilentwurf des Sachenrechts die Regel „Hand wahre Hand" überhaupt noch nicht an, der erste Entwurf erkennt sie für den Eigentumserwerb an Fahrnis an, verbindet aber damit noch eine rein römischrechtliche Fahrnisklage; der zweite Entwurf endlich gründet auch die Fahrnisklage auf die deutsche Regel.

4. Soweit die Regeln des Reichsgesetzbuchs gehen, haben sie der deutschen Rechtszersplitterung ein Ende gemacht. Indes sind diese Regeln nicht vollständig; insoweit dauert die bisherige Rechtszersplitterung fort. Das Nähere wird an anderer Stelle zu berichten sein.[3])

5. Von den Vorarbeiten zum Reichsgesetzbuch sind die Entwürfe erster und zweiter Lesung und der Entwurf des Bundesrats, ferner die Motive zum Entwurf erster Lesung und eine Denkschrift zum Bundesratsentwurf veröffentlicht. Nicht amtlich sind außerdem Berichte über die Verhandlungen der zweiten Kommission erschienen.[4]) [5])

3) S. unten § 9 II.

4) In den Jahrbüchern f. Nationalökonomie u. Statistik und in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

5) Ausgaben des RGB.s sind bereits in großer Zahl erschienen. Solche mit kurzen Anmerkungen sind veranstaltet von Gareis 2. Aufl. (97), von Fischer u. Henle (96), Achilles (96). Auszüge aus den Vorarbeiten bietet die Ausgabe von Haidlen (97).

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren.[1]

Erster Abschnitt.

Die Rechtsregeln.

I. Die einzelnen Arten der Rechtsregeln.

1. Allgemeines.[2]

§ 8.

1. Die „Geltung" einer Rechtsregel, d. h. die Thatsache, daß die Regel mit zwingender Gewalt Anwendung findet, beruht entweder darauf, daß sie von einem Machthaber anbefohlen wird, oder darauf, daß sie auch ohne einen äußeren Machtbefehl die Gemüter zwingend beherrscht. Ersteren Falles spricht man von gesetztem Recht, letzteren Falles von Gewohnheitsrecht.[3]

Die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht" hat sich derart eingebürgert, daß man füglich an ihr festhalten muß. Sie erklärt sich dadurch, daß die zwingende Kraft einer nicht von einer äußeren Gewalt anbefohlenen Regel sich erst dann zweifellos äußern wird, wenn die Anwendung der Regel zur Gewohnheit geworden ist. Es ist also die Gewohnheit das beste Kennzeichen dieser Art des Rechts. Auch ist in manchen Fällen die Gewohnheit wirklich der Grund der Geltung einer Rechts-

---

1) Hölder, Arch. f. civ. Prax. 73 S. 1, 80 S. 1; Cretschmar eb. 81 S. 146; Eck in der Guttentagschen Samml. Heft 1.

2) Puchta, Gewohnheitsrecht 2 Bd. (28/37); E. Meier, Rechtsbildung in Staat u. Kirche (61); Adickes, Lehre von den Rechtsquellen (72); Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe I (77); Sturm, Recht u. Rechtsquellen (83).

3) Zitelmann, Arch. f. civ. Prax. 56 S. 323 (83), Eisele ebenda 69 S. 289 (86), G. Rümelin Jahrb. f. Dogm. 27 S. 225 (89).

regel: anfangs ein freiwilliger Gebrauch, ist die Regel allmählich so sehr in Übung gekommen, daß sie schließlich eben durch die Gewohnheit zwingende Kraft erlangt hat. Allein wirklich wesentlich ist die Rolle, welche bei dem sog. Gewohnheitsrecht der Gewohnheit zukommt, weder in der einen noch in der anderen Richtung, und deshalb ist die Bezeichnung „Gewohnheitsrecht" nicht genau. Vielmehr giebt es Regeln, die schon in dem ersten Augenblicke, wo sie ausgesprochen oder gedacht wurden, eine zwingende Kraft äußerten; hier war der Beweis, daß die Regel zur Gewohnheit geworden war, nicht alsbald möglich; und er war auch überflüssig, weil niemand einen Beweis für die Geltung der Regel forderte; noch weniger ist die Geltung der Regel erst durch die Gewohnheit begründet, da vielmehr die Regel erst dadurch, daß sie galt, zur Gewohnheit geworden ist. Hierher gehören namentlich Rechtssätze, welche etwa vom Reichsgericht oder von einem Theoretiker zum erstenmale aufgestellt wurden und sofort Anerkennung fanden. Freilich könnte man solche Regeln zu einer besonderen Gruppe, etwa als „Recht der Wissenschaft", zusammenfassen, und ihnen als eigentliches Gewohnheitsrecht die im Wege der Gewohnheit zur Geltung gekommenen Regeln gegenüberstellen. Doch dürfte für eine derartige, übrigens nur in Ausnahmefällen durchführbare Unterscheidung ein Bedürfnis kaum bestehen.

2. Das gesetzte Recht tritt meist in bestimmter Formulierung auf und gilt nur genau in der formulierten Gestalt; da die Formulierung regelmäßig eine schriftliche ist, so nennt man das gesetzte Recht deshalb auch geschriebenes Recht. Umgekehrt sind die Regeln des Gewohnheitsrechts anfänglich meistens unformuliert, und wird die Formulierung nachträglich durch die Gerichte oder die Schriftsteller versucht, so erlangt sie doch keine zwingende Kraft, sondern zwingend ist nur der Inhalt der Regel; man nennt deshalb das Gewohnheitsrecht auch ungeschriebenes Recht.

Genau ist die Unterscheidung nicht. Denn wenn der Gesetzgeber etwa befiehlt, daß das Gewohnheitsrecht der Stadt Hamburg auch auf dem zu Hamburg gehörigen flachen Lande gelten solle, so ist das Gesetzesrecht und doch nicht formuliertes Recht. Umgekehrt, wenn das geschriebene lübische Stadtrecht in einer mecklenburgischen Stadt durch Gewohnheit eingeführt wird, so ist das Gewohnheitsrecht und doch formuliertes Recht.

3. Geschichtlich bedeutend ist die Unterscheidung von Volksrecht und Juristenrecht[4]), jenachdem der Inhalt der Rechtsregeln auf volkstümlicher Anschauung oder bloß auf Anschauungen der berufsmäßigen Juristen beruht. So ist etwa die (römische) Regel, daß ein kinderloser unverheirateter Erblasser von seinen Eltern und Geschwistern je zur Hälfte beerbt wird, bei uns als Juristenrecht eingeführt, während die Regel, daß die Eltern seine alleinigen

4) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (43), Puchta in Richters u. Schneiders Jahrb. f. wissensch. Kritik S. 1 (44), Thöl, Volksrecht, Juristenrecht (46), Franken, vom Juristenrecht (89).

Erben sind, da, wo sie auch nach der Rezeption fortgalt, Volksrecht war. In der Neuzeit hat sich der Unterschied sehr abgeschliffen.

4. a) Alle deutschen Rechtsregeln sind entweder „gemeines" Recht für das Deutsche Reich oder „Partikularrecht" eines einzelnen zum Deutschen Reich gehörigen Teilgebietes. Das gemeine Recht gilt regelmäßig in ganz Deutschland. Für eine einzelne Regel dieses Rechts kann die Geltung aber auch in irgend einem Teilgebiet Deutschlands ausgeschlossen sein, ohne daß die Regel deshalb aufhörte, gemeines deutsches Recht zu bilden. Und zwar kommt es hierbei auf die rein statistische Frage, ob das von der Regel ausgenommene Teilgebiet größer oder kleiner ist als das der Regel unterworfene Restgebiet, nicht an. Wohl aber ist dabei vorausgesetzt, daß die betreffende Regel für das Deutsche Reich als ein Ganzes (als Einheit) eingeführt ist und also die Nichtgeltung in dem Teilgebiete nicht statistisch, sondern rechtlich als „Ausnahme" erscheint. Wird dagegen eine Regel von vornherein nur für ein Teilgebiet eingeführt, so ist sie selbst dann nicht gemeines Recht, wenn ihre Einführung durch ein deutsches Reichsgesetz erfolgt ist.

Beispiel: die Regeln des RGB.s über die Eheschließung gelten in Bayern, soweit sie das dortige „Heimatsrecht" berühren, nicht (bayr. Schlußprot. v. 23. 11. 70 I); trotzdem sind sie gemeines deutsches Recht. Die Regeln des RGes. v. 19. 6. 72 über minderjährige Kaufleute gelten nur für Elsaß-Lothringen; sie sind also, obschon reichsgesetzlich, doch nur partikuläres Recht. — Die praktische Bedeutung der Unterscheidung liegt in der Beweisfrage: beim gemeinen Recht spricht die Vermutung für die Geltung in ganz Deutschland, und wer eine Ausnahme behauptet, muß sie beweisen; beim Partikularrecht ist dagegen umgekehrt nachzuweisen, in welchen Teilgebieten positiv die Einführung erfolgt ist. Naturgemäß wird diese Beweisfrage bei dem heutigen Gesetzesrecht überhaupt nicht auftauchen; denn wenigstens die neueren Gesetze lassen über das Gebiet, für welches sie gelten sollen, niemals einen Zweifel. Wohl aber ist die Frage noch jetzt wichtig für das Gewohnheitsrecht. So ist es z. B. unsicher, ob in Bremen Familienfideikommisse statthaft sind; wer nun die Zulassung der Familienfideikommisse auf ein gemeines Gewohnheitsrecht gründet, wird ihre Zulässigkeit auch für Bremen bejahen; denn daß Bremen eine Ausnahme von der Geltung dieses Gewohnheitsrechts bildet, läßt sich positiv nicht beweisen. Umgekehrt, wer die Zulässigkeit der Familienfideikommisse auf das Partikularrecht einzelner deutscher Teilgebiete gründet, wird sie für Bremen verneinen; denn die positive Einführung der Familienfideikommisse in Bremen läßt sich gleichfalls nicht beweisen. Ferner ist zu beachten, daß prozessual wegen angeblicher Verletzung eines gemeinen, nicht dagegen wegen Verletzung eines partikulären Gewohnheitsrechts die Revision beim Reichsgericht eingelegt werden kann.[5])

b) Die gleiche Unterscheidung kehrt auch innerhalb des Partikularrechts der einzelnen deutschen Staaten, nur in verkleinertem Maßstabe, wieder: eine partikularrechtliche Regel gilt entweder als gemeines Recht dieses Staats oder als partikuläres Recht eines einzelnen Staatsteiles.

Beispiel: das preuß. Waldschutzgesetz v. 6. 7. 75 gilt für ganz Preußen; das preuß. Wildschadengesetz v. 11. 7. 91 gilt für ganz Preußen, mit Ausschluß der Provinz Hannover und des vormaligen Kurfürstentums Hessen; das preuß. Fischereigesetz v. 30. 6. 94 gilt nur für Westfalen. Erstere beiden Gesetze sind gemein-preußisch, letzteres ist partikulär-westfälisch.

---

5) RG. 12 S. 217; 24 S. 182.

c) Wenn man von „gemeinem Recht" schlechthin spricht, ist damit immer das gemeine deutsche Recht, wie es vor Erlaß des Reichgesetzbuchs in Geltung stand, gemeint. Will man die Gemeinrechtlichkeit der erst durch das Reichsgesetzbuch neu eingeführten Regeln betonen, so muß man deshalb, um Mißverständnisse zu vermeiden, von jetzigem gemeinen Recht oder von gemeinem Reichsrecht reden.

5. Vom gemeinen Recht verschieden ist das „gemeinschaftliche" Recht, nämlich ein Recht, welches mit gleichem Inhalt in verschiedenen Rechtsgebieten gilt, aber in jedem Rechtsgebiete auf einem besonderen Geltungsgrunde ruht. So ist namentlich das preußische Berggesetz in verschiedenen andern Staaten außer Preußens, und zwar überall durch besonderes Landesgesetz, eingeführt, es ist also gemeinschaftliches, nicht aber gemeines Recht dieser Staaten geworden. Ebenso ist z. B. die Wechselordnung gemeinschaftliches Recht Deutschlands und Österreichs.

6. Die Rechtsregeln sind entweder positiver oder negativer Art, jenachdem sie eine neue Bestimmung einführen oder eine andere Bestimmung bloß einschränken oder aufheben. Die positiven Regeln sind stets befehlender Art; wenn man den befehlenden Regeln gegenüber auch von bloß gewährenden oder bloß deutenden Regeln spricht, so ist das nicht zutreffend; denn auch diese Regeln enthalten stets als ihren eigentlichen Kern einen Befehl.

Wenn z. B. RGB. 2100 sagt, der Erblasser „kann" einen Nacherben einsetzen, so steckt in diesem „gewährenden" Satze der „Befehl", daß dem Nacherben, wenn der Erblasser einen solchen einsetzt, der Nachlaß auszuantworten sei. Ferner: der deutende Satz (RGB. 2068) daß, wenn in einem Testamente Zuwendungen an „die Kinder" gemacht werden, unter den „Kindern" auch die „Enkel von vorverstorbenen Kindern" zu verstehen sind, enthält gleichfalls den Befehl, daß den Enkeln ein entsprechendes Erbteil ausgeantwortet werden müsse.[6]) Daneben giebt es freilich auch deutende Rechtssätze, welche, wenn man sie getrennt für sich betrachtet, einen Befehl wirklich nicht enthalten. Derartige Rechtssätze sind aber nur als Bestandteil andrer Rechtssätze von Bedeutung und bilden eine Einheit mit ihnen; in diesen andern Rechtssätzen ist dann aber jedesmal ein Befehl enthalten. Hierher gehört RGB. 100, wo der Begriff der Nutzungen bestimmt wird, ohne daß ein besonderer Befehl hinzutritt; bedeutungsvoll wird dieser § 100 aber erst im Zusammenhang mit andren Paragraphen, die des befehlenden Charakters nicht ermangeln; so befiehlt z. B. § 987, daß der unrechtmäßige Besitzer einer Sache dem Eigentümer gewisse „Nutzungen" herausgeben soll.

7. Die Rechtsregeln sind „zwingend", wenn sie selbst gegen den erklärten Willen der Beteiligten platz greifen; andernfalls, d. h. wenn sie durch den erklärten Willen der Beteiligten gebrochen werden können, heißen sie „nachgiebig" oder „vermittelnd" („dispositiv").

Zwingend ist z. B. die Regel, daß jeder Vertragsschuldner bei Erfüllung des Vertrages für seine Arglist haftet; denn hier kann das Gegenteil nicht vereinbart werden. Nachgiebig ist dagegen die Regel, daß der Vertragsschuldner auch für seine Fahrlässigkeit einsteht; denn hier ist die Vereinbarung des Gegenteils zulässig (RGB. 276).

---

6) Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe 2 S. 322. Abw. Thöl, Einleitung § 33 ff., Regelsberger § 27.

2. Das gesetzte Recht.

§ 9.

Die Theorie des gesetzten Rechts gehört in das Staatsrecht. Dort ist namentlich zu entwickeln, wie die Gesetze entstehen und wie sie zu verkünden sind; dort ist auch die Frage zu untersuchen, ob die Gerichte das Recht und die Pflicht haben, die Gesetze auf ihre Gültigkeit hin zu prüfen. Hier ist nur eine Übersicht über die Arten des gesetzten Rechts und über ihre Rangordnung zu geben.

Das gesetzte Recht ist von dreierlei Art, je nach der Art des Machthabers, welcher den Gesetzesbefehl erläßt. Ist nämlich der Machthaber die Staatsgewalt des Deutschen Reichs, so spricht man von Reichs-Gesetzesrecht. Ist der Machthaber die Staatsgewalt eines einzelnen deutschen Gliedstaats oder der Provinz Elsaß-Lothringen, so spricht man von Landes-Gesetzesrecht. Ist endlich der Machthaber keine Staatsgewalt, sondern von anderer Art, so spricht man von autonomer Satzung.

I. Reichsgesetze.

1. a) Das wichtigste Reichsgesetz ist das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, welches wir kurz als Reichsgesetzbuch bezeichnen wollen; zu ihm gehören einige Zusatzgesetze, welche am gleichen Tage mit ihm in Kraft treten, namentlich das Einführungsgesetz zum Reichsgesetzbuch.

b) Daneben kommen aber noch eine ganze Reihe älterer Reichsgesetze in Betracht, z. B. die Reichskonkursordnung, die Reichsgewerbeordnung, die Reichsgesetze über das Urheberrecht. Denn das Reichsgesetzbuch samt seinen Zusatzgesetzen tritt den älteren Reichsgesetzen gegenüber (anders als gegenüber den Landesgesetzen) nicht als eine „Kodifikation" des bürgerlichen Rechts auf; es will das bürgerliche Recht also nicht erschöpfend behandeln, sondern läßt sich eine Ergänzung seiner Regeln durch die älteren Reichsgesetze gefallen. Nur wenn ein älteres Reichsgesetz dem Reichsgesetzbuch und seinen Zusatzgesetzen geradezu widerspricht, ist es aufgehoben, und zwar stillschweigend, also ohne daß das Reichsgesetzbuch die Aufhebung besonders auszusprechen brauchte; denn wenn zwei Gesetze gleichen Ranges sich widersprechen, muß stets das ältere vor dem jüngeren weichen.[1])

c) Umgekehrt gehen natürlich Reichsgesetze, welche später ergehen als das Reichsgesetzbuch, diesem vor.

2. Den Reichsgesetzen stehen in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen auch die Reichsverordnungen gleich; so werden z. B. beim Viehkauf die Hauptmängel und die Gewährfristen durch kaiserliche Verordnung bestimmt.[2])

1) EG. 32.
2) RGB. 482.

3. Reichsgesetzesrecht und gemeines deutsches Recht ist nicht identisch.[3]) Denn es giebt gemeines deutsches Recht, welches nicht Reichsgesetzesrecht ist, nämlich das Reichsgewohnheitsrecht. Und es giebt Reichsgesetzesrecht, welches nicht gemeines Recht ist, z. B. Reichsgesetze, welche nur für Elsaß-Lothringen erlassen werden.

II. Landesgesetze.

1. Für sie gilt zunächst die allgemeine Regel, daß sie den Reichsgesetzen nicht widersprechen dürfen; denn Reichsrecht bricht Landesrecht.[4]) Die Landesgesetze sind also im Verhältnis zu den Reichsgesetzen eine Rechtsquelle zweiten Ranges. So selbst dann, wenn sie jünger als das ihnen widersprechende Reichsgesetz sind: denn die Regel, daß das jüngere Gesetz dem älteren vorgeht, gilt ja nur bei Gleichheit des Ranges beider Gesetze. Aber noch mehr: das Reichsgesetzbuch tritt den Landesgesetzen gegenüber als eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts auf, will also das bürgerliche Recht erschöpfend regeln. Demgemäß schließt es nicht bloß solche Landesgesetze aus, die seinen Regeln geradezu widersprechen, sondern auch solche, welche seine Regeln bloß ergänzen; mit andern Worten, das Reichsgesetzbuch hebt alle älteren Landesgesetze, die sich irgendwie mit dem bürgerlichen Recht befassen, mit einem Schlage auf und verbietet den Erlaß derartiger Gesetze auch für die Zukunft.[5])

2. Dieser wichtige Satz erleidet aber eine Reihe von Ausnahmen. Der Reichsgesetzgeber hat nämlich befunden, daß gewisse Materien des bürgerlichen Rechts sich — wenigstens zur Zeit — nicht für eine reichsrechtliche Regelung eignen, sei es, weil ihre thatsächlichen Unterlagen in den einzelnen deutschen Staaten zu verschieden sind, sei es, weil sie mit dem öffentlichen Rechte dieser Staaten zu eng zusammenhängen. Es bestimmt deshalb, daß diese Materien der Landesgesetzgebung vorbehalten bleiben. Namentlich gehört das besondere Recht der landesherrlichen Familien und gewisser Adelshäuser einerseits, das Recht des Gesindes andrerseits hierher, ferner das Recht der Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse, das Agrarrecht einschließlich des bäuerlichen Erbrechts, das Berg-, Wasser-, Fischerei-, Jagdrecht, das Recht der Regalien, der Kirchenbaulast[6]) u. s. w.

a) Bezüglich dieser Materien ist das ganze ältere Landes-Gesetzesrecht aufrechterhalten, und zwar auch dann, wenn es dem Reichsgesetzbuch geradezu widerspricht; selbst so wichtige Institute des Reichsgesetzbuchs, wie sein Grundbuchrecht, können also auf dem Gebiete der „vorbehaltenen" Materien von Landesgesetzen durchkreuzt werden. Auch der Erlaß neuer Landesgesetze für die vorbehaltenen Materien ist nicht beschränkt.

---

3) Siehe oben S. 32 Nr. 5.
4) RVerfass. 2.
5) EG. 55.
6) EG. 56—152.

Übrigens ist in einigen Fällen der Landesgesetzgebung auch auf dem Gebiete der vorbehaltenen Materien eine Schranke gesetzt; siehe z. B. EG. 64 Abs. 2, 86, 95 Abs. 2.

b) Doch ist keineswegs bestimmt, daß das Reichsgesetzbuch auf die vorbehaltenen Materien gar nicht anwendbar sei, sondern nur, daß es bloß ergänzend, also als subsidiäre Rechtsquelle, für sie Geltung habe. Demgemäß wird sich z. B. die Berechnung von Fristen, die Behandlung von Zwang, Irrtum, Simulation, das Recht der Zahlung, der Aufrechnung, des Verzuges u. s. w. auch im Berg-, im Wasser-, im Agrarrecht nach dem Reichsgesetzbuch zu richten haben. Doch ist es den Landesgesetzen unbenommen, auch über die eben genannten allgemeinen Fragen (Fristberechnung, Irrtum u. s. f.) für die vorbehaltenen Materien eigentümliche vom Reichsgesetzbuch abweichende Bestimmungen zu treffen.

c) Bei den vorbehaltenen Materien ist den Landesgesetzen der Vorrang nur vor dem Reichsgesetzbuch, nicht aber auch vor sonstigen Reichsgesetzen zugesprochen; diesen darf also das Landesgesetz in keinem Falle widersprechen (es sei denn, daß auch diese Reichsgesetze mittels besonderer Klausel einen Vorbehalt für abweichende Landesgesetze aufstellen.[7]) So wäre es z. B. unzulässig, wenn ein Landesgesetz zu Gunsten des hohen Adels ein besonderes von der Reichskonkursordnung abweichendes Konkursrecht schaffen wollte.

d) Der zu Gunsten der Landesgesetze gemachte Vorbehalt ist kein „Reservatrecht" der deutschen Einzelstaaten. Er kann also durch ein späteres Reichsgesetz abgeändert oder ganz zurückgenommen werden.

e) Wenn ein Landesgesetz, welches sich mit einer „vorbehaltenen" Materie befaßt, bei irgend einer Frage auf das sonstige bürgerliche Recht verweist, so ist darunter das jeweils geltende bürgerliche Recht, also jetzt das Recht des RGB.s zu verstehen. (EG. 4.)

3. Eine Anführung von Landesgesetzen, die nach der soeben genannten Regel durch das Reichsgesetzbuch nicht aufgehoben sind, wäre zwecklos: sie zählen nach vielen Hunderten. Nur sei erwähnt, daß gemäß jener Regel auch von den älteren Kodifikationen hier und da ein Stück in Kraft bleiben wird, z. B. aus dem Preußischen Landrecht Teil I Titel 18 Abschnitt 1 (Lehnrecht), ferner aus dem preußischen, badischen und sächsischen Gesetzbuch die Regeln über Familienfideikommisse, aus dem code civil die Regel über schiffbare und flößbare Flüsse (c. c. 538).

4. Alle zum öffentlichen Recht gehörigen Materien sind der Landesgesetzgebung auch ohne besonderen Vorbehalt belassen, z. B. die Grundsteuern, die Aufsicht des Staats über die Gemeinden. Entsteht ein Zweifel darüber, ob eine

---

7) Z. B. RGes. v. 17. 2. 75 (betr. den Volljährigkeitstermin) zu Gunsten der landesherrlichen Familien.

Materie — z. B. eine Steuer, die eine nicht zur Landeskirche gehörige Religionsgemeinschaft zu Lasten ihrer Angehörigen ausschreibt — dem öffentlichen Recht angehört, so ist die Entscheidung dem Landesrecht zu entnehmen.[8]) Nur darf das Landesrecht bei der Zuweisung einer Materie an das öffentliche Recht nicht willkürlich verfahren, sondern muß sich im Rahmen der oben (S. 3) gegebenen grundsätzlichen Begriffsbestimmung bewegen; ein Landesgesetz z. B. welches alle Stiftungen für öffentlich-rechtlich erklärte, wäre ungültig. — Ein Anzeichen für die öffentlich-rechtliche Natur einer Materie ist es, wenn das Landesrecht ihr den Rechtsweg verschließt; doch ist dies Anzeichen nicht schlechthin beweisend, weil der formelle Ausschluß einer Materie vom Rechtswege und ihre materielle Ausscheidung aus dem Privatrecht zwar regelmäßig, aber nicht notwendig zusammenfallen.[9])

5. Ob den Landesgesetzen Landesverordnungen gleichstehen, bestimmt das Staatsrecht des einzelnen Landes.

III. Autonome Satzungen.

Sie sind auf dem Gebiete des Privatrechts von unvergleichlich geringerer Bedeutung als die Reichs- und Landesgesetze. Ihre einzelnen Arten sind zu verschieden, um bereits an dieser Stelle, im allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechts, eingehend geschildert werden zu können. Hier sei nur folgendes bemerkt.

1. Die Befugnis zum Erlaß autonomer Satzungen — „Autonomie" — beruht zum Teil auf reichsrechtlichen Vorschriften. Alsdann wird ihr Umfang lediglich durch die betreffende Vorschrift bestimmt. Hierher gehört z. B.

a) die Befugnis der Körperschaften, ihre inneren Verhältnisse, also namentlich die Rechte und Pflichten ihrer Mitglieder statutarisch zu regeln;[10])

b) die Befugnis der Kommunalverbände, über die Rechtsverhältnisse der in ihrem Bezirk befindlichen Arbeiter Vorschriften aufzustellen, also etwa die Auszahlung des Lohnes eines minderjährigen Arbeiters an dessen Eltern oder Vormund anzuordnen.[11])

2. Zum Teil beruht die Autonomie auf landesrechtlicher Vorschrift. Dann sind die Satzungen natürlich auf die „vorbehaltenen" Materien beschränkt und dürfen auch innerhalb dieses beschränkten Gebiets den Reichsgesetzen (außer dem Reichsgesetzbuch) nicht widersprechen. Hierher gehört namentlich

a) die Autonomie gewisser adeligen Familien[12]),

b) das Recht der Städte Rostock und Wismar, privatrechtliche Vorschriften beliebiger Art mit Wirksamkeit für ihren Stadtbezirk zu erlassen.[13]) Andere Städte haben dagegen eine privatrechtliche Autonomie dieser Art nur sehr be-

8) Abw. Endemann-Gareis 1 S. 38[11].

9) Siehe oben S. 3.

10) Siehe unten § 30[10].

11) RGew.Ordn. 119a.

12) Siehe unten im Adelsrecht.

13) Siehe Roth 1 S. 257[11].

schränkt; so kommt es z. B. vor, daß sie für städtisches Gesinde Kündigungsfristen festsetzen können.[14])

Der Begriff der Autonomie ist sehr bestritten. Gerber im Arch f. civ. Pr. 37 S. 35 (54) hat das Vorhandensein einer privatrechtlichen Autonomie sogar ganz geleugnet. Da die Frage von der Begriffsbestimmung des objektiven Rechts überhaupt, — nicht bloß des bürgerlichen objektiven Rechts — abhängt, soll sie hier nicht weiter verfolgt werden. Siehe Puchta, Gewohnheitsrecht (1837) II S. 106, Gierke 1 § 19.

3. Das Gewohnheitsrecht.[1])

§ 10.

An und für sich gehört die Theorie des Gewohnheitsrechts so wenig in das bürgerliche Recht wie die Theorie des gesetzten Rechts. Trotzdem muß in diesem Werk auf sie eingegangen werden, weil sie gerade auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts besonders wichtig und zugleich besonders schwierig ist.

1. Viel umstritten ist zunächst die Frage, ob das Gewohnheitsrecht überhaupt ein wirkliches „Recht" ist und welcher Rang ihm im Verhältnis zum gesetzten Rechte zukommt.

a) Nach älterer deutscher Auffassung war es zweifellos, daß das Gewohnheitsrecht keinen geringeren Rang hatte als das gesetzte Recht. Auch die Rezeption hat hieran nichts geändert, da die römisch-kanonische Lehre in dieser Beziehung mit der altdeutschen übereinstimmte. Erst seit Ende des 18. Jahrhunderts trat eine dem Gewohnheitsrecht ungünstige Wendung ein: es haben nämlich das preußische Landrecht, der code civil, das badische Landrecht und das sächsische Gesetzbuch für die Zukunft die Entstehung neuen Gewohnheitsrechts verboten; die drei letzten Gesetzbücher haben außerdem in Bausch und Bogen auch alles ältere Gewohnheitsrecht beseitigt, somit also das Gewohnheitsrecht ganz abgeschafft.

Eine mehr vermittelnde Stellung nahm dagegen das Handelsgesetzbuch (in der älteren Redaktion von 1861) ein. Das Gewohnheitsrecht sollte von Bestand bleiben, aber nur als Rechtsquelle zweiten Ranges hinter den Reichshandelsgesetzen, also nur zur Ergänzung dieser Gesetze, nicht in Widerspruch zu ihnen gültig sein.

b) Anfangs schien es, als wollte das Reichsgesetzbuch sich in dieser Frage der dem Gewohnheitsrechte feindlichen Richtung anschließen: der erste Entwurf sprach dem Gewohnheitsrechte jede Geltung ab. Indes haben der zweite Entwurf und der endgültige Text des Reichsgesetzbuchs diese Regel gestrichen,

---

14) S. Bad. Ges. v. 3. 2. 68 § 5.
1) Litteratur oben S. 29.

indem sie — ebenso wie der Entwurf eines revidierten Handelsgesetzbuchs von 1896 — das Gewohnheitsrecht einfach mit Stillschweigen übergehen. Das Schweigen bedeutet, daß das Rangverhältnis zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht als eine Thatfrage aufzufassen ist: es kommt darauf an, ob rein thatsächlich die Macht des Gesetzes oder die Macht des Gewohnheitsrechts die stärkere ist. Dies ist, wie folgt, zu begründen.

α) Daß ein Gewohnheitsrecht überhaupt vorhanden ist und neu entstehen kann, beruht auf seiner inneren, ihm ureigenen, die Gemüter beherrschenden Macht. Die Quelle des Gewohnheitsrechts ist also nicht etwa eine hinter ihm stehende Rechtsregel; sondern sie wird, eben weil sie der Ausgangspunkt des Rechts ist, selber nicht mehr rechtlich bestimmt, liegt vielmehr jenseits alles Rechts, auf dem Gebiete der nackten, unjuristischen Thatsachen.

β) Daraus folgt ohne weiteres, daß auch auf die Frage, welches Rangverhältnis zwischen dem gesetzten Recht und dem Gewohnheitsrecht besteht, die Antwort nicht aus einer Rechtsregel entnommen werden kann: das Gewohnheitsrecht empfängt nicht von einer über ihm stehenden Macht seinen Rang, sondern es nimmt sich den Rang selber. Es sind also „nackte, unjuristische Thatsachen“, welche die Antwort auf die Frage geben. Und diese Antwort kann deshalb keine gleichmäßige, feste Formel sein; weder dem Gesetzesrechte noch dem Gewohnheitsrechte kann sie ein für allemal den Vorrang zusprechen und nicht einmal eine Gleichheit des Ranges verkünden. Sie kann vielmehr nur besagen: es kommt einfach darauf an, welche Macht im Einzelfall thatsächlich die größere ist, die äußere Macht des Gesetzgebers oder die innere des Gewohnheitsrechts.

γ) Es ist anzunehmen, daß das Reichsgesetzbuch durch sein Schweigen sich der eben entwickelten Auffassung hat anschließen wollen. Denn hätte es den Rangstreit zwischen gesetztem Recht und Gewohnheitsrecht als eine Rechtsfrage aufgefaßt, so hätte es diese Frage, zumal sie ja so lebhaft umstritten ist, ausdrücklich entscheiden müssen. Sein Schweigen kann offenbar nur bedeuten: der Rangstreit ist eine Thatfrage.

δ) Und wenn diese Auslegung falsch wäre, wenn also etwa das Reichsgesetzbuch durch sein Schweigen das Gewohnheitsrecht hätte totschweigen, d. h. eine Abänderung oder Ergänzung seiner Regeln durch das Gewohnheitsrecht hätte verbieten wollen, — so wäre damit rechtlich nicht das Mindeste geändert. Denn mit der (stillschweigenden) Aufhebung des Gewohnheitsrechts hätte der Gesetzgeber seine Zuständigkeit überschritten. Hat er doch nicht einmal über das gesetzte Recht volle Macht, da er die Abänderung seiner Befehle durch spätere Gesetze nicht für alle Zukunft verbieten kann. Wie viel weniger kann er die Quelle, aus welcher das Gewohnheitsrecht entspringt, für alle Zeit verstopfen! Und erklärte er die Abschaffung des Gewohnheitsrechts dennoch, so wäre dies nichts als eine leere Deklamation; denn über kurz oder lang würde das Gewohnheitsrecht eben doch in höchst realer Geltung am

Platze sein. Nur die eine Wirkung ist der gesetzlichen Abschaffung des Gewohnheitsrechts zweifellos zuzusprechen: es wird durch sie die Bildung eines neuen, die Fortdauer eines alten Gewohnheitsrechts thatsächlich außerordentlich erschwert, weil die Gerichte sich — wenigstens der Regel nach — der gesetzlichen Abschaffung des Gewohnheitsrechts fügen und also dem Gewohnheitsrecht den Eingang in die gerichtliche Praxis versagen werden. Ebendeshalb ist aber hier mit allem Nachdruck hervorzuheben, daß das Reichsgesetzbuch das Gewohnheitsrecht durchaus nicht hat abschaffen wollen.

Das geht auch aus EG. 2 hervor, wo es heißt: „Gesetz im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm"; denn hieraus folgt, daß auch Nicht-Gesetze, also doch auch Gewohnheitsrechte als Rechtsnormen gelten sollen.

2. Um die eben festgestellte Rangordnung zwischen Gesetzeskraft und Gewohnheitsrecht richtig zu würdigen, ist zunächst darauf zu verweisen, daß das Gewohnheitsrecht in ähnlicher Art wie das gesetzte Recht in drei Arten zu zerlegen ist:

a) Reichsgewohnheitsrecht, welches als gemeines Recht für das Deutsche Reich gilt;

b) Landesgewohnheitsrecht, welches für einen deutschen Einzelstaat oder einen räumlich begrenzten Teil eines solchen, z. B. eine einzelne Provinz, gilt;

c) Observanzmäßiges Recht, welches nur für einen engeren Personenkreis, z. B. nur für den hohen Adel, gilt.

Als Reichsgewohnheitsrecht ist z. B. das langobardische Lehnrecht anzusehen, ferner das Recht der Familienfideikommisse; daß das eine wie das andere dieser Rechte in vielen Staaten Deutschlands ausgeschlossen ist, steht (wie schon oben S. 31 erwähnt) seiner gemeinrechtlichen Geltung nicht entgegen. Vor Erlaß des RGB.s war natürlich der Umfang des Reichsgewohnheitsrechts weit größer; es gehörte z. B. dahin die Regel, daß die väterliche Gewalt mit der Verheiratung der Töchter erlösche, daß jeder formlose Vertrag verpflichtend sei u. dgl. Es ist schwer begreiflich, wie angesichts dieser Beispiele Stobbe 1 § 5[1] das Vorhandensein eines gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts ganz bestreiten konnte. — Als Beispiel eines Landesgewohnheitsrechts mag erwähnt werden, daß in einigen Teilen Schlesiens herrenlose Grundstücke in der bäuerlichen Flur an den Rittergutsbesitzer fallen. — Als Observanz endlich sei der Satz genannt, daß in den Familien der fränkischen Reichsritterschaft die Töchter kein Erbrecht haben.

3. Vergleicht man nun diese drei Arten des Gewohnheitsrechts mit den im vorigen Paragraphen geschilderten drei Arten des gesetzten Rechts, so ist die Rangordnung die folgende.

a) Jedes Gesetz kann durch ein jüngeres Gewohnheitsrecht aufgehoben werden, wenn sich nämlich das Gewohnheitsrecht thatsächlich als stark genug beweist, das Gesetz außer Kraft zu setzen. Und zwar kann dies auch einem

Reichsgesetz widerfahren. Hiernach kann das Reichsgesetz sogar durch ein Landesgewohnheitsrecht — natürlich nur mit Wirkung für das betreffende Land — und durch eine bloße Observanz — natürlich nur mit Wirkung für den zugehörigen Personenkreis — abgeändert oder aufgehoben werden, und nicht etwa bloß auf dem Gebiete der „vorbehaltenen" Materien, sondern auf dem Gebiete des gesamten Privatrechts. Allerdings widerspricht dies zweifellos den Regeln der Reichsverfassung und des Einführungsgesetzes zum Reichsgesetzbuch, und es ist deshalb eine Beseitigung von Reichsgesetzen durch Landesgewohnheitsrecht oder Observanz *thatsächlich* überaus erschwert, eine Störung unserer mühsam errungenen gesetzlichen Rechtseinheit durch ein zersplittertes Gewohnheitsrecht also kaum zu besorgen. Immerhin ist festzuhalten, daß *rechtlich* die Reichsgesetze gegen das Landesgewohnheitsrecht nicht gefeit sind, weil Reichsverfassung und Reichsgesetzbuch durch jede Beschränkung des Gewohnheitsrechts ihre Zuständigkeit überschreiten.

Sonach ist also das Landesgewohnheitsrecht stärker als das Landesgesetzesrecht; denn jenes kann Reichsgesetze aufheben, dieses nicht. Das klingt auffallend, erklärt sich aber wie folgt: der Landesgesetzgeber hat auf das Recht, Reichsgesetzen zu widersprechen, in dem Augenblick verzichtet, wo er die Reichsverfassung seinerseits genehmigte; auch hat er thatsächlich nicht die Macht des Widerspruchs; kann man aber auch bezüglich des Landesgewohnheitsrechts einen Verzicht der maßgebenden Faktoren auf den Widerspruch gegen Reichsgesetze oder ihre thatsächliche Ohnmacht dazu behaupten? — Jedenfalls ist meine Behauptung die unabwendbare Folgerung aus den oben S. 38 entwickelten Regeln; es ist nicht folgerecht, wenn Gierke [2]) 1 § 22 [6] letztere gutheißt, trotzdem aber ein dem Reichsrecht widerstreitendes Gewohnheitsrecht für ungültig hält.

b) Umgekehrt wird jedes Gewohnheitsrecht durch ein jüngeres Gesetz aufgehoben, vorausgesetzt, daß letzteres thatsächlich stark genug ist, das Gewohnheitsrecht außer Kraft zu setzen. Und zwar ist es auch hier gleichgültig, ob das Gesetz ein Reichsgesetz oder ein Landesgesetz oder eine autonome Satzung ist; nur ist auch in dieser Beziehung das Landesgesetz (und im Falle des § 9 III, 2 auch die autonome Satzung) auf das Gebiet der „vorbehaltenen" Materien beschränkt.

c) Die Regeln zu b) c) gelten auch im Gebiete des preußischen, sächsischen, und französisch-badischen Rechts; denn die in diesen Gebieten erfolgte Abschaffung des Gewohnheitsrechts [3]) (ganz abgesehen davon, daß sie schon an und für sich ungültig war) ist jetzt durch das RGB. gemäß EG. 55 zurückgenommen. So selbst für die „vorbehaltenen" Materien, weil ja nur die speziell auf diese Materien bezüglichen *Sonderregeln* des Landesrechts in Kraft geblieben sind, während die Geltung des Gewohnheitsrechts in jenen vier Gebieten ganz allgemein für das gesamte bürgerliche Recht ausgeschlossen war.

---

2) Ebenso Eck S. 1.

3) Siehe oben S. 37a.

4. Für die Rangordnung der verschiedenen Arten des Gewohnheitsrechts untereinander läßt sich eine Rechtsregel gleichfalls nicht aufstellen: denn auch für diese Frage kommt es darauf an, wie weit thatsächlich in jedem Einzelfall die zwingende Gewalt eines gewohnheitsrechtlichen Satzes reicht. Meist wird das Gewohnheitsrecht um so kräftiger wirken, je enger der Bereich ist, in dem es sich bildet. Sonach wird thatsächlich meist das Landesgewohnheitsrecht dem Reichsgewohnheitsrecht und dem Landesgewohnheitsrecht die Observanz vorgehn, also gerade die umgekehrte Rangordnung herrschen, wie bei den verschiedenen Arten des gesetzten Rechts.

5. Auf Grund römisch-kanonischer Vorschriften ist in der bisherigen gemeinrechtlichen Praxis das Gewohnheitsrecht zwiefach beschränkt worden. Es sollte erstlich nicht gelten, wenn es lediglich dadurch entstanden war, daß die beteiligten Kreise sich in einem Irrtum über das geltende Recht befanden, d. h. wenn sie die betreffende Regel nicht als eine neue einführten, sondern der irrtümlichen Meinung waren, die Regel entspreche bereits dem älteren Recht. Und es sollte zweitens nicht gelten, wenn die Regel der Vernunft und den guten Sitten widersprach. Beide Vorschriften waren rechtlich unwirksam, wie jede andere gesetzliche Beschränkung des Gewohnheitsrechts; auch sind sie in der Praxis höchst ungleich und willkürlich angewendet worden.[4]) Jetzt sind sie durch das Schweigen des Reichsgesetzbuchs formell beseitigt.

6. Nicht erforderlich ist, daß die gewohnheitsrechtliche Regel nachweislich schon eine bestimmte Zeit hindurch angewendet und dadurch wirklich zur Gewohnheit geworden ist. Auch hier ist die entgegenstehende römische Vorschrift durch das Reichsgesetzbuch aufgehoben.

7. Ebensowenig genügt es umgekehrt, daß eine Regel gewohnheitsmäßig lange Zeit hindurch angewendet ist, um sie zum Gewohnheitsrecht zu stempeln; denn nicht jede Gewohnheit, nicht jede Sitte ist „Recht". Vorausgesetzt ist vielmehr, daß die Regel *zwingende* Gewalt erlangt hat. So ist z. B. die Sitte der Trinkgelder in Wirtshäusern *kein* Gewohnheitsrecht.

II. Die Ermittelung und Auslegung der Rechtsregeln.[1])

§ 11.

1. Im Streitfall muß die auf ein Rechtsverhältnis anzuwendende Rechtsregel durch das Gericht oder die sonst zuständige Behörde von Amts wegen ermittelt werden. Es ist also nicht etwa Sache der beteiligten Privatpersonen, ihrerseits der Behörde die Rechtsregeln nachzuweisen. Nur für Regeln des

---

4) Gierke S. 1 § 20 IV.

1) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung (1799), Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze (42), Kohler in Grünhuts Ztsch. 13 S. 1 (87), G. Rümelin, Werturteile u. Willensentscheidungen (91).

ausländischen Rechts, des Gewohnheitsrechts oder des autonomischen Rechts kann die Behörde von den beteiligten Parteien nähere Nachweise fordern.[2])

2. Die Ermittlung einer Rechtsregel besteht selbstverständlich nicht bloß in der Feststellung einer Rechtsformel, sondern zugleich in der Feststellung, welchen Sinn die Rechtsformel hat: die Formel ist also auszulegen, zu interpretieren. Und zwar darf der Ausleger nicht an dem Wortlaut der Formel kleben, sondern muß über diesen Wortlaut hinaus, ungenau oder unklar wie er oft genug gefaßt ist, in die wahre und wirkliche Bedeutung der Regel einzudringen suchen; dabei ist namentlich der Zusammenhang der Regel mit dem sonstigen geltenden Rechtssystem sowie mit dem früheren Rechte und außerdem der Zweck, welchen die Regel erkennbar verfolgt, genau zu beachten. So kann es kommen, daß man eine Regel sinngemäß auf Fälle anwendet, für welche der Wortlaut der Regel nicht paßt — ausdehnende (extensive) Interpretation — oder umgekehrt, daß man sie sinngemäß auf Fälle, welche ihr Wortlaut mit umfaßt, nicht anwendet — einschränkende (restriktive) Interpretation.

Beispiele: 1. RGB. 180 bestimmt, daß, wenn jemand im Namen eines Anderen ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Dritten vornimmt, ohne für den Anderen Vertretungsmacht zu haben, die Regeln über „Verträge" entsprechende Anwendung finden sollen, sofern der Dritte „die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet." Diese Regel ist ausdehnend dahin auszulegen, daß der Beanstandung „bei" der Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Beanstandung „unverzüglich nach" der Vornahme gleichzustellen ist (s. RGB. 174). 2. RGB. 105 bestimmt, daß eine Willenserklärung, die im Zustande vorübergehender Störung der Geistesthätigkeit abgegeben wird, nichtig sei. Dies ist einzuschränken auf solche Störungen, welche die „freie" Willensbestimmung ausschließen (s. RGB. 104); denn auch ein leichter Rausch „stört" die Geistesthätigkeit, z. B. das Sprachvermögen; und doch wird man nicht jede Willensäußerung eines leicht Berauschten für nichtig erklären.

Auslegungsregeln, die ins einzelne gehen, lassen sich mit Erfolg nicht aufstellen. Nur sei — rein negativ — erwähnt, daß für die Auslegung eines Gesetzes dessen „Entstehungsgeschichte", so oft man sie auch in der Praxis als Auslegungsbehelf fälschlich verwertet, nicht den mindesten Nutzen gewährt.[3]) Denn sie ist ein „Internum" der bei der Gesetzgebung beteiligten Organe; das Gesetz wird aber nicht für die gesetzgebenden Organe, sondern für das Volk gemacht. So darf der Ausleger eines Gesetzes namentlich auf die sog. „Motive", d. h. die Begründung und Erläuterung, welche die Verfasser der amtlichen Gesetzentwürfe ihren Werken beifügen, und auf die Reden, welche im Reichstage und in den Reichstags-Kommissionen von Abgeordneten und Regierungsvertretern gehalten werden, keine Rücksicht nehmen. Nicht, als ob die Motive und die Reichstagsreden wertlos wären! Aber ihr Wert ist nur der gleiche, wie die Meinungsäußerung irgend einer Privatperson. Der Leser der Motive und der Reichstagsreden hat also das freie Recht zu prüfen, ob es richtig ist, was er liest; und nicht einmal eine Vermutung spricht dafür, daß Motive und Reichstagsreden das Richtige besagen.

2) ZPO. 265; RG. 21 S. 177.

3) Abw. z. B. Regelsberger 1 S. 143[10].

3. Auch das umfassendste Rechtssystem enthält Lücken; so kann es kommen, daß Rechtsverhältnisse auftauchen, für welche man im Rechtssystem selbst bei freiester Auslegung seiner Regeln eine Bestimmung nicht zu finden vermag. Alsdann muß man auf solche Bestimmungen des Rechtssystems zurückgreifen, welche für ein dem streitigen möglichst ähnliches Rechtsverhältnis aufgestellt sind, und sie analog auf das streitige Rechtsverhältnis anwenden.

Beispiel. EG. 9 besagt: wenn ein Ausländer bei uns für tot erklärt wird, so ist dies für sein im Inlande befindliches Vermögen wirksam; „analog" werden wir sagen dürfen: wenn ein Deutscher in Österreich für tot erklärt wird, so ist dies für sein in Österreich befindliches Vermögen wirksam.

Die analoge Rechtsanwendung steht der ausdehnenden Gesetzesauslegung nahe. Allein sie fällt nicht mit ihr zusammen. Denn sie bildet nach der Analogie einer alten Regel eine neue Regel, die der Gesetzgeber gar nicht hat vorschreiben wollen, vielleicht weil er die Sache zweifelhaft fand und „der Rechtsprechung nicht vorgreifen wollte"; die ausdehnende Gesetzesauslegung stellt dagegen lediglich den Sinn der alten Regel, so wie der Gesetzgeber ihn sich in Wirklichkeit gedacht hat, fest.

4. Es kommt vor, daß der Sinn einer Rechtsregel durch eine andere Rechtsregel bindend festgestellt wird; so bestimmt z. B. das Einführungsgesetz zum RGB. Art. 5, daß „als Bundesstaat im Sinne des Reichsgesetzbuchs und dieses Gesetzes auch das Reichsland Elsaß-Lothringen gelten" solle. Eine derartige „authentische" Interpretation[4]) ist entweder „Legalinterpretation", wenn sie auf einem Gesetz, oder „Usualinterpretation", wenn sie auf Gewohnheitsrecht beruht. Die authentische Deklaration kann eine irrige sein, so gut wie jede andere Auslegung; aber auch wenn sie den Sinn der ausgelegten Rechtsregel falsch wiedergiebt, ist sie nichtsdestoweniger bindend: sie giebt dann in der Form einer Erklärung alten Rechts in Wahrheit neues Recht.

Beispiel: nach preuß. Landr. I, 21 § 395 sollte der Vermieter an allen vom Mieter eingebrachten Sachen die Rechte eines Pfandgläubigers haben; die Deklaration v. 21. Juli 1846 legte diese Regel fälschlich und dennoch rechtsverbindlich dahin aus, daß das Pfandrecht nur für solche Sachen, die dem Mieter selbst gehören oder die er ohne Einwilligung des Eigentümers zu verpfänden befugt ist, gelten solle.

III. Räumlicher Geltungsbereich der Rechtsregeln.

§ 12.

I. Jede Rechtsregel hat ein räumlich begrenztes Geltungsgebiet; für die Regeln des Deutschen Rechts ist dies bald das ganze Deutsche Reich, bald ein deutscher Einzelstaat, bald auch nur eine einzelne Provinz, ein Kreis, eine Stadt.[1])

4) Bremer im Jahrb. f. gem. Recht 2 S. 241 (58); Eisele, Arch. f. civ. Prax. 69 S. 303 (86).

1) Siehe oben S. 22, 23, 31.

Auch in den deutschen Kolonialgebieten gilt — wenigstens für die nicht eingeborene Bevölkerung — deutsches Privatrecht und zwar das RGB., das sonstige Reichsrecht und ergänzend das im Gebiete des preußischen Landrechts geltende bürgerliche Recht; doch können die Rechtsverhältnisse der unbeweglichen Sachen durch kaiserliche Verordnung abweichend geregelt werden. [2]) — Das deutsch-preußische Recht ist außerdem eingeführt in den deutschen Konsulargerichtsbezirken, jedoch nur für die dort sich aufhaltenden deutschen Reichsangehörigen und Schutzgenossen. [3])

II. 1. Daß ein Rechtssatz in einem bestimmten räumlichen Gebiete „gilt", bedeutet nicht, daß er auf alle Rechtsverhältnisse anzuwenden sei, welche innerhalb dieses Gebiets prozessual zur gerichtlichen Verhandlung kommen. Vielmehr ist dazu weiter erforderlich, daß das Rechtsverhältnis auch materiell in das Geltungsgebiet des Rechtssatzes gehöre. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, gehört also das Rechtsverhältnis materiell nicht ins „Inland", so wird es dadurch, daß es aus prozessuellen Gründen vor ein inländisches Gericht gezogen wird, zwar dem inländischen Prozeßrecht, nicht aber auch dem inländischen Privatrecht unterworfen, ist vielmehr nach dem Privatrecht des auswärtigen Gebiets zu beurteilen, in welches es materiell hinein gehört. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dies letztere Rechtsgebiet ein selbständiger anderer Staat oder nur eine mit besonderem Privatrecht ausgestattete Provinz des nämlichen Staates ist, in welchem das Rechtsverhältnis zur Aburteilung kommt. Und zwar gehört ein Rechtsverhältnis materiell in dasjenige Gebiet, wo die Interessen der beteiligten Privatpersonen überwiegend wirksam sind; in diesem Gebiete hat das Rechtsverhältnis gleichsam seinen „Sitz" [4]) oder seinen „Schwerpunkt". [5]) Demgemäß gehören z. B. alle Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen, welche mit der Gesamtpersönlichkeit des Rechtssubjekts eng verknüpft sind (wie seine persönliche Geschäftsfähigkeit, aber auch z. B. das Erbrecht in seinen Nachlaß), in das Gebiet, wo das Rechtssubjekt staatsangehörig ist; es gehören ferner alle dinglichen Rechte in das Gebiet, wo der Gegenstand des Rechts sich befindet; die Verpflichtungen aus Verträgen gehören in das Gebiet, wo der vertragsmäßige Erfüllungsort liegt [6]) u. s. w. — Die Lehre von der Anwendung auswärtigen Rechts wird als internationales Privatrecht oder als die Theorie der Statutenkollisionen bezeichnet. [7])

2) RGes. v. 15. März 1888 wegen Abänderung des Ges. betr. die Rechtsverh. der D. Schutzgebiete § 2; dazu verschiedene Einführungsverordnungen.

3) RGes. v. 10. Juli 1879 betr. die Konsulargerichtsbarkeit § 3.

4) Dies ist Savignys viel angefochtener Ausdruck.

5) So Gierke 1 § 25 Nr. 7.

6) Die Belege s. in den „Zusätzen" zu den einschlagenden Paragraphen.

7) Wächter, Arch. f. civ. Pr. 24 S. 230, 25 S. 1, 161, 361 (41), Savigny, System VIII (49), v. Bar, internat. Privatr. u. Strafrecht (62), Ders., Theorie u. Praxis d. internat. Privatrechts (89), Ders., Lehrb. d. intern. Privat- u. Strafrechts (92), Kahn, Jahrb. f. Dogm. 30 S. 1 (90), Böhm, räuml. Herrschaft der Rechtsnormen (90), Meili, Kodifikation des

Früher nahm man an, daß alle Rechtsverhältnisse, die mit der Gesamtpersönlichkeit des Rechtssubjekts eng verknüpft sind, nach dem Rechte zu beurteilen seien, wo das Rechtssubjekt seinen Wohnsitz hat. So die gemeinrechtliche Praxis,[8]) so Pr. LR. Einleit. § 23 u. s. w. Dagegen ist die Bezugnahme auf das Gebiet, wo das Subjekt staatsangehörig ist, im sächs. Gb. 7 und RGB. EG. 7, 9, 14, 24 u. s. f. anerkannt.

2. So haben also unsere Gerichte nicht bloß ihr heimisches, sondern mit Bezug auf auswärtige Rechtsverhältnisse auch auswärtiges Recht anzuwenden, und etwa bei dem Berliner Landgericht spielt neben dem Reichsrecht, dem allgemeinen preußischen Recht und dem märkischen Provinzialrecht auch pommersches und westfälisches, württembergisches und bremisches, spanisches und chinesisches Recht gelegentlich eine Rolle. Man kann deshalb sagen, daß in jedem Gerichtsbezirk neben dem heimischen Recht auch das auswärtige Recht geradezu positive Geltung habe. Jedoch gilt es nur kraft freiwilliger Selbstbeschränkung des heimischen Rechts. Es gilt nicht kraft eigener Macht, sondern kraft der Macht und des Willens des heimischen Rechts.

3. Demgemäß ist die oben zu 1 entwickelte Hauptregel des internationalen Privatrechts — daß auf ein Rechtsverhältnis das Recht des Orts anzuwenden ist, wo das Rechtsverhältnis seinen Sitz hat — nicht etwa auf Naturrecht oder Völkerrecht, sondern auf unser nationales heimisches Recht zu gründen. Allerdings ist sie in unseren Gesetzen nicht in allgemeiner Form ausgesprochen; aber sie ist doch unzweideutig in einer großen Reihe von Einzelanwendungen anerkannt, namentlich auch durch das Reichsgesetzbuch, und entspricht zweifellos dem heutigen deutschen Gewohnheitsrecht.

Die — sehr lückenhaften — Regeln des RGB's. finden sich im EG. 7–30. Sie gelten auch auf dem Gebiete der dem Landesrecht vorbehaltenen Materien, also auch im Verhältnis der verschiedenen deutschen Partikularrechte untereinander[9]); praktisch kann hier z. B. EG. 11 werden.

4. Demgemäß ist aber unser heimisches Recht auch wohl befugt, die Hauptregel des internationalen Privatrechts in besonderen Fällen durch Ausnahmen zu durchbrechen und hat dies auch wirklich nicht selten gethan.

a) Nach der Hauptregel ist, wenn bei einem Rechtsverhältnisse eine Mehrheit von Interessen, welche in verschiedenen Rechtsgebieten wirksam sind, beteiligt ist, das Rechtsverhältnis nur einem einzigen dieser Rechtsgebiete zuzuweisen, demjenigen nämlich, wo das rechtlich überwiegende Interesse wirksam

internat. Civil- u. Handelsrechts (90); Ders., Gesch. u. System d. internat. Privatrechts (92), Th. Niemeyer, Positives internat. Privatrecht (94), Ders., Vorschläge u. Materialien z. Kodifikation des internat. Privatrechts (95), Ders., in Heft 7 der Guttentagschen Samml. v. Vorträgen über den Entw. (96), Ztsch. f. internat. Privat- u. Strafrecht v. F. Böhm seit 1890.

8) RG. 8 S. 146, 32 S. 175.

9) Abw. Endemann-Gareis S. 43.

ist. Hiervon abweichend überweist unser Gesetz manche Rechtsverhältnisse mit mehrfacher örtlicher Beziehung den mehreren Rechtsgebieten gemeinsam, sodaß für sie wahlweise ein mehrfaches Recht anwendbar ist; den Vorzug unter den mehreren Rechten hat dann das, welches von einem bestimmten Standpunkt aus als das mildere oder günstigere erscheint.

Beispiel: Nach EG. 11 gehört ein Rechtsgeschäft, soweit seine formelle Gültigkeit in Betracht kommt, sowohl dem Rechtsgebiete zu, wo es abgeschlossen wird, als dem, wohin das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis gehört; und zwar hat das Recht des Gebiets den Vorzug, nach welchem das Geschäft formell am besten bestehen kann; eine Bürgschaft z. B., die A. mündlich eingeht, ist gültig, mögen auch A., sowie der Gläubiger und der Hauptschuldner in Metz wohnen und deutsche Staatsangehörige sein, wenn die Übernahme der Bürgschaft gelegentlich eines Sonntagsausflugs in Pont-à-Mousson erfolgt ist; in Metz ist freilich für die Bürgschaft Schriftlichkeit vorgeschrieben (RGB. 766); in Pont-à-Mousson gilt dagegen auch ein formloses Bürgschaftsversprechen. — Nur für Rechtsgeschäfte, durch die ein dingliches Recht begründet oder darüber verfügt wird, sind die Formvorschriften des Orts, an dem das Geschäft zufällig vorgenommen wird, gleichgültig. Siehe auch EG. 7 Abs. 3; 12; 16 Abs. 2.

b) Nach der Hauptregel des internationalen Privatrechts kommt auf auswärtige Rechtsverhältnisse das auswärtige Recht als positives Recht zur Anwendung, also kritiklos, mag es nun unseren Gerichten besser oder schlechter erscheinen als unser heimisches Recht. Abweichend hiervon ist das auswärtige Recht von der Anwendung ausgeschlossen, wenn es uns geradezu als unsittlich erscheint oder wenn es den Zwecken unserer heimischen Gesetze widerstreitet.[10]

Beispiel: I. Eine in der Türkei zwischen Türken geschlossene polygamische Ehe ist nach der Hauptregel dem türkischen Rechte unterworfen und wäre deshalb für gültig zu erklären, da das türkische Recht die Polygamie erlaubt; trotzdem ist sie bei uns ungültig, da uns die Polygamie als unsittlich erscheint. II. Das französische Recht (c. c. 1966) gestattet bei gewissen erlaubten Spielen die Klage auf den Spielgewinn; nach der Hauptregel wäre deshalb ein in Frankreich zu erfüllendes erlaubtes Spielgeschäft auch in Deutschland für klagbar zu erklären. Trotzdem ist gemäß RGB. 762 die Klage zu versagen: nicht weil ein solches erlaubtes Spiel oder die Klage daraus uns als unsittlich erschiene; wohl aber ist einer der Gründe für den Ausschluß der Klage im deutschen Recht, daß es der Würde unserer Gerichte nicht entspricht, sich mit Spielhändeln zu befassen; und diesem „Zwecke" unseres Gesetzes würde es widersprechen, wenn man aus französischen Spielen die Klage bei unseren Gerichten zuließe.

5. Auf manche Rechtsverhältnisse erklärt unser Recht, wie schon oben S. 44 als Beispiel erwähnt, die Gesetze des Staates für anwendbar, dem die an dem Rechtsverhältnis beteiligte Hauptperson angehört. Hier entstehen drei Fragen:

a) Was geschieht, wenn jene Person keinem Staat angehörte? Dann soll nach EG. 29 anwendbar sein, 1. das Recht des Staats, dem die Person zuletzt angehört hat, 2. wenn sie auch früher einem Staat nicht angehört hat, das Recht des Orts, wo sie zu der maßgebenden Zeit ihren Wohnsitz hatte, 3. wenn sie auch keinen Wohnsitz hatte, das Recht des Orts, wo sie damals ihren Aufenthalt hatte.

b) Was geschieht, wenn jene Person mehreren Staaten verschiedenen Rechts

10) EG. 30; früher sächs. b. Gb. 19.

angehört? Hier kommt, wenn einer der Staaten zum Deutschen Reich gehört, der andere nicht, jedenfalls Deutsches Recht zur Anwendung: andernfalls ist nach ähnlichen Gesichtspunkten, wie sie oben zu 4a erwähnt sind, zu wählen, im Zweifel zu ungunsten dessen, der die mehrfache Staatsangehörigkeit genießt.

c) Was geschieht, wenn die verschiedenen maßgebenden Rechtsgebiete garnicht selbständige Staaten, sondern Provinzen des nämlichen Staats sind? Dann entscheidet analog die persönliche Zugehörigkeit zu der Provinz, also regelmäßig der Wohnsitz dort.

6. Was geschieht, wenn auf ein Rechtsverhältnis nach unserem Recht die Gesetze eines bestimmten anderen Staats anwendbar sein sollen, während der andere Staat seinerseits die Anwendbarkeit seiner Gesetze auf das Rechtsverhältnis ablehnt. Hier ist zu unterscheiden.[11])

a) Der andere Staat lehnt die Anwendbarkeit seiner Gesetze ab, indem er das deutsche Recht für anwendbar erklärt; dann fügen wir uns dieser „Rückverweisung", wenden also deutsches Recht an (EG. 27).

b) Der andere Staat lehnt die Anwendbarkeit seiner Gesetze ab, indem er die Gesetze eines dritten Staats für anwendbar erklärt. Dann fügen wir uns nicht, wenden vielmehr die Gesetze des ersteren Staates gegen dessen Willen an.

7. In einigen Beziehungen hat unser nationales Recht auf die freie Regelung des internationalen Privatrechts Verzicht geleistet, indem es sich durch Staatsverträge gebunden hat. Als Beispiel sei der deutsch-russische Staatsvertrag von 1874 genannt, welcher Fragen des internationalen Erbrechtes regelt.[12])

8. Soweit das anzuwendende Recht nachgiebig ist, können die beteiligten Privatpersonen für ihre Rechtsverhältnisse das internationale Privatrecht abweichend regeln, also sowohl ihre auswärtigen Rechtsverhältnisse dem inländischen wie auch umgekehrt ihre inländischen Rechtsverhältnisse einem beliebigen auswärtigen Rechte unterordnen; nur für Eheverträge ist ihnen letztere Befugnis genommen.[13])

9. Das internationale Privatrecht hat eine lange Rechtsgeschichte.

a) Dem ältesten Recht war es gänzlich unbekannt: jedes Gericht wendete ausschließlich sein eigenes heimisches Recht an.[14])

b) Im fränkischen Reich wurde wenigstens für die Rechtsgebiete, welche mit dem Reiche in politischer Verbindung standen, die gegenteilige Regel durchgeführt; dies geschah wohl zunächst nur in der Absicht, dem herrschenden Stamme der Salfranken im ganzen Reiche den Genuß seines Stammesrechts zu gewährleisten[15]), kam dann aber mittelbar auch den Alemannen, Bayern u. s. w. gleichmäßig zu gut; die Regel lautete: jeder Angehörige des Reichs wird in sämtlichen zum Reich gehörigen Rechtsgebieten in allen seinen Rechtsverhält-

---

11) Vgl. Kahn, Jahrb. f. Dogm. 36 S. 366 (96).

12) RGBl. 1875 S. 142.

13) BGB. 1433.

14) Lex Burg. prima const. c. 2: (Brunner, D. RGesch. 1 S. 260).

15) Brunner, D. RGesch. 1 S. 260.

nissen nach dem Rechte des Stammes beurteilt, welchem er persönlich durch seine Geburt angehört (Personalitätsprinzip).[16])

c) Im Mittelalter ließ man das Personalitätsprinzip nur für solche Regeln gelten, welche sich auf das Personenrecht bezogen (statuta personalia), unterwarf dagegen die Gerechtsame, welche mit dem Grundbesitz zusammenhingen, den Gesetzen des Gebiets, wo das Grundstück lag (statuta realia)[17]); im übrigen sollte jedes Gericht nur sein heimisches Recht anwenden.

d) Im Laufe der Zeit erklärte man auch andere auswärtige Gesetze als die, welche sich auf das Personenrecht und den Grundbesitz bezogen, für anwendbar (statuta mixta), namentlich im Vertragsrecht die Gesetze des Orts, wo der Vertrag geschlossen war.

e) Der Übergang von diesem kasuistischen älteren Recht zu der allgemeinen Formel des heutigen Rechts ist erst um die Mitte dieses Jahrhunderts, namentlich unter Savignys Einfluß, gemacht.

10. Der Grund dafür, daß wir die Selbstbeschränkung üben, neben unserem heimischen auch das auswärtige Recht anzuwenden, ist einmal, daß wir gar kein Interesse daran haben, auswärtige Rechtsverhältnisse nach unserem heimischen Privatrechte zu beurteilen, und sodann, daß wir die bei dem auswärtigen Rechtsverhältnis beteiligten Parteien unbillig schädigen würden, wenn wir sie, die bei der Begründung ihrer Rechtsverhältnisse unmöglich daran denken konnten, daß sie einmal prozessual vor unseren inländischen Gerichten erscheinen müßten, nachträglich mit der Anwendung unseres heimischen Rechts gewissermaßen überfallen würden. Schließlich kommt unsere Selbstbeschränkung auch unseren eigenen inländischen Rechtsverhältnissen zu gut, da diese, wenn sie im Auslande zur Aburteilung kommen, dort entsprechend nach unserem deutschen Rechte behandelt werden.

Wir würden deshalb, wenn ein auswärtiger Staat sich grundsätzlich weigern sollte, deutsche Rechtsverhältnisse nach deutschem Rechte zu beurteilen, gegen ihn im Wege der Retorsion vorgehen, d. h. auch die Anwendung seines Rechts bei uns verbieten (EG. 31). Im Erbrecht machen wir sogar zum Teil die Anwendbarkeit fremden Rechts positiv davon abhängig, daß der andere Staat im umgekehrten Fall deutsches Recht zur Anwendung bringt (EG. 25); doch ist dies immerhin eine Ausnahme.[18])

11. Auf weitere Einzelheiten kann erst im Verlaufe der Darstellung eingegangen werden, in Form von „Zusätzen" zu den einzelnen Paragraphen. Die verbreitete Methode, das ganze internationale Privatrecht bereits an dieser Stelle, im allgemeinen Teile des Systems, aufzurollen, ist unbedingt verwerflich.

---

16) Beispiel: lex Rib. 31, 3, 4.

17) Sip. I, 30. Vgl. ebenda III, 33 § 2. Stobbe im Jahrb. f. gem. Recht 6 S. 21 (63), v. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß 5 S. 79.

18) RG. 29 S. 129.

IV. Zeitlicher Geltungsbereich der Rechtsregeln.

§ 13.

I. 1. Der Zeitpunkt, von dem ab eine gewohnheitsrechtliche Regel in Kraft tritt, läßt sich niemals genau bestimmen. Dagegen wird für Gesetze der Beginn der Rechtskraft auf den Tag genau bestimmt; namentlich erlangt ein Reichsgesetz am 14. Tage, nachdem die das Gesetz enthaltende Nummer des Reichsgesetzblatts in Berlin ausgegeben ist, Geltung; eine ähnliche Regel gilt auch für preußische Landesgesetze.[1]) Doch kann natürlich für jedes einzelne Gesetz ein anderer Beginn der Rechtskraft bestimmt werden; hierher gehört der Satz, daß das Reichsgesetzbuch erst am 1. Januar 1900 in Geltung treten soll.

II. 1. Daß ein Rechtssatz von einem bestimmten Zeitpunkt ab „gilt", bedeutet nicht, daß er auf alle Rechtsverhältnisse anzuwenden sei, welche unter seiner Herrschaft *prozessual* zur gerichtlichen Verhandlung kommen. Auch der Umstand, daß das Rechtsverhältnis unter der Herrschaft des Rechtssatzes *materiell* wirksam wird, genügt noch nicht, um die Anwendung des neuen Rechts herbeizuführen. Vielmehr ist ein neuer Rechtssatz auf ein Rechtsverhältnis nur dann anwendbar, wenn unter seiner Herrschaft der zur *Begründung des Rechtsverhältnisses erforderliche Thatbestand* eingetreten ist. Ältere Rechtsverhältnisse bleiben dagegen nach wie vor dem älteren Recht unterworfen. Man drückt diesen Satz auch dahin aus, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben.[2])

a) Ist hiernach unter der Herrschaft des alten Rechts ein Thatbestand eingetreten, welcher nach altem, nicht aber nach neuem Rechte eine bestimmte Rechtswirkung hervorgebracht hat, so bleibt diese Wirkung auch unter der Herrschaft des neuen Rechts fortbestehen. Namentlich bleibt ein subjektives Recht, welches zu Gunsten einer bestimmten Person auf Grund jenes Thatbestandes entstanden ist, in Kraft, und zwar mit dem Inhalt[3]), mit welchem die alten Gesetze dieses Recht ausgestattet haben. Demgemäß sagt man, daß neue Gesetze ältere „wohlerworbene" Rechte unberührt lassen.

b) Ist umgekehrt unter der Herrschaft des alten Rechts ein Thatbestand eingetreten, an welchen nur das neue, nicht aber das alte Recht bestimmte Rechtswirkungen knüpft, so hat es auch in dieser Beziehung beim alten Recht ein Bewenden.

c) Fällt endlich ein juristischer Thatbestand zum Teil unter die zeitliche Herrschaft des alten, zum Teil unter die des neuen Gesetzes, so ist jeder Ab=

---

1) RVerf. 2, Preuß. Ges. v. 16. Febr. 1874.

2) Savigny 8 S. 368 (49), Lassalle, System der erworbenen Rechte (61, 2. Ausg. 80), Göppert=Eck, Jahrb. f. Dogm. 22 S. 1 (84).

3) Abw. Savigny 8 S. 374 f. aber z. B. EG. 170, 200 Abs. 1.

schnitt des Thatbestandes getrennt nach dem zu seiner Zeit geltenden Rechte zu beurteilen.

Beispiele, die sich räumlich auf das Gebiet des preußischen Landrechts und zeitlich auf den Winter 1899/1900 beziehen, um die Aufeinanderfolge des preußischen und des Reichsrechts zu veranschaulichen. a) Jemand verkauft privatschriftlich im Dezember ein Grundstück; gültig wegen Pr. LR. I, 10 § 16, 17, obschon RGB. 313 gerichtliche oder notarielle Form fordert. b) Jemand verspricht im Dezember mündlich ein Darlehn von 1000 Mk., ungültig wegen Pr. LR. I, 5 § 131, obschon das RGB. die mündliche Form genügen läßt. c) Eine fünfzehnjährige Waise errichtet im Dezember ein Testament, in dem sie ihre noch lebenden Großeltern grundlos enterbt; sie stirbt im Januar; das Testament ist vollgültig; denn der erste Teil des erbrechtlichen Thatbestandes, die Testamentserrichtung ist nach preußischem Recht zu beurteilen, und gemäß Pr. LR. I, 12 § 16 beginnt die Fähigkeit zur Testamentserrichtung schon mit 14 (nicht, wie nach RGB. 2229, erst mit 16) Jahren; der zweite Teil des Thatbestandes dagegen, das Erbewerben, ist nach Reichsrecht zu regeln, und das RGB. 2303 (anders als Pr. LR. II, 2 § 501) verbietet nur grundlose Enterbung der Eltern, nicht auch der Großeltern. Der Fall zu c) wäre anders zu entscheiden, wenn das Pflichtteilsrecht der Großeltern schon bei Lebzeiten ihres Enkels entstanden wäre; denn dann würde ja sein Thatbestand noch in den Dezember, also noch unter das preußische Recht fallen. Allein nach preußischem Recht entsteht das Pflichtteilsrecht erst mit dem Tode des Erblassers.

2. So müssen also unsere Gerichte neben den neu erlassenen auch die älteren, formell längst aufgehobenen Gesetze zur Anwendung bringen; namentlich werden sie nach dem 1. Januar 1900 neben dem Reichsgesetzbuch auch das römische, preußische, französische Recht sehr oft anzuwenden haben, in den ersten Jahren sogar öfter als das Reichsgesetzbuch. Man kann also geradezu sagen, daß neben dem neuen Recht auch das alte aufgehobene in Geltung verbleibt. Doch gilt es nicht aus eigener Macht weiter, sondern nur kraft des Willens und der Macht des neuen Rechts.

3. Demgemäß beruht die Regel, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, nicht auf Bestimmungen des älteren Rechts oder auf ewigen naturrechtlichen Sätzen, sondern sie hat ihren Grund in dem neuen, zur Stunde geltenden positiven Rechte. Allerdings ist sie in den neuen Gesetzen nicht in allgemeiner Form ausgesprochen: aber sie ist doch unzweideutig in einer großen Reihe von Einzelanwendungen anerkannt, namentlich auch durch das Reichsgesetzbuch[4]), und entspricht zweifellos dem heutigen deutschen Gewohnheitsrecht.

4. Demgemäß ist aber auch das neue Recht wohl befugt, die Regel von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze in besonderen Fällen durch Ausnahmen zu durchbrechen, und hat dies auch wirklich nicht selten gethan.

a) Das neue Recht kann sich, jener Regel entgegen, rückwirkende Kraft in jedem beliebigen Umfang beilegen. Dies ist namentlich der Fall bei einer authentischen Deklaration, deren Geltung soweit zurückgreift, als das ältere durch sie erläuterte Gesetz in Geltung war; denn die authentische Deklaration will ja ihrer Form nach kein neues Recht schaffen, sondern nur den richtigen Sinn des alten Rechts klarstellen.[5]) Hierher gehört ferner die Regel des

---

4) EG. 153—217.

5) Vgl. Göppert S. 187.

Reichsgesetzbuchs, daß der Inhalt alles früher erworbenen Eigentums vom 1. Januar 1900 ab nicht nach dem alten Landesrecht, sondern nach dem neuen Reichsrecht zu bemessen ist.[6])

Es liegt nahe (nach Analogie der oben S. 46[10] für das internationale Privatrecht aufgestellten Regeln) hier als weitere Ausnahme anzuführen: wenn ein Gesetz (z. B. das Reichswuchergesetz v. 1880 oder RGB. 138) gewisse Geschäfte für unsittlich und deshalb für unwirksam erklärt, habe dies auch auf ältere Geschäfte rückwirkende Kraft. Indeß wäre dies verkehrt. Wenn ein älteres Gesetz das Geschäft für gültig, also mittelbar für nicht unsittlich erklärt, ist nicht einzusehen, warum ein neues Gesetz, welches einer anderen Auffassung folgt, diesen Auffassungswechsel dadurch, daß es ihm rückwirkende Kraft verleiht, noch verschärfen will. Allerdings kann man von dem neuen Gesetze nicht erwarten, daß es die bis zu seiner Rechtskraft abgeschlossenen Geschäfte für sittlich und nur die späteren für unsittlich hält. Wohl aber ist anzunehmen, daß das neue Gesetz, wenn es nichts anderes besagt, die älteren Geschäfte, obschon es sie für unsittlich hält, dennoch rechtlich unberührt läßt, aus Achtung vor der abweichenden Meinung des vor ihm geltenden Gesetzes.[7])

b) Umgekehrt kann das neue Recht auch gewisse unter seine zeitliche Herrschaft fallende Thatbestände ausnahmsweise noch dem alten Rechte unterstellen.[8])

5. Soweit das anzuwendende Recht nachgiebig ist, können die Beteiligten für ihre Rechtsverhältnisse die Regel von der zeitlichen Herrschaft der Gesetze abweichend regeln, also sich willkürlich sowohl unter der Herrschaft der alten Gesetze dem neuen, als auch umgekehrt unter der Herrschaft der neuen Gesetze dem alten Rechte unterwerfen; nur für Eheverträge ist ihnen letztere Befugnis genommen (RGB. 1433).

6. Die Regel, daß neue Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, ist bereits in fränkischer Zeit anerkannt[9]) und seitdem niemals wieder preisgegeben.

7. Der Grund der Regel ist ähnlich, wie der, welcher auf auswärtige Rechtsverhältnisse die Anwendung inländischen Rechts verbietet: bei der Begründung ihrer Rechtsverhältnisse können die beteiligten Privatpersonen sich nur nach dem zur Zeit geltenden, nicht aber nach dem noch ungewissen Zukunftsrechte richten; sie würden also unbillig geschädigt, wenn sie nachträglich mit der Anwendung des neuen Rechts gewissermaßen überfallen würden.

8. Auf weitere Einzelheiten kann erst im Verlaufe der Darstellung eingegangen werden, in Form von „Zusätzen“ zu den einzelnen Paragraphen. Die verbreitete Methode, die ganze Lehre von der zeitlichen Herrschaft der Gesetze bereits an dieser Stelle aufzurollen, ist unbedingt verwerflich.

6) EG. 181.
7) Abw. Regelsberger S. 190.
8) Ein Beispiel s. EG. 215.
9) Leges Liutprandi 721 epil.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechtsverhältnisse und die Rechte.[1]

I. Begriff.

§ 14.

1. Unter einem „Rechtsverhältnis“ versteht man jedes rechtlich geordnete Lebensverhältnis. So ist zwar nicht die Freundschaft, wohl aber die Ehe ein Rechtsverhältnis. — Rechtsverhältnisse, die einer und derselben Kategorie angehören, bilden zusammen ein „Rechtsinstitut“.

2. Die Rechtsregeln führen die Ordnung der Lebensverhältnisse mit sehr verschiedenen Mitteln durch. Privatrechtlich am wichtigsten ist das Mittel, daß die Rechtsregel einem der an dem Lebensverhältnis Beteiligten (oder mehreren zugleich) eine Willensherrschaft über die andern Beteiligten einräumt, d. h. daß er den letzteren befiehlt, sich in bestimmtem Umfang dem Willen des ersteren zu fügen. Diese Willensherrschaft nennen wir „Recht“ oder — da man auch die Summe der Rechtsregeln als Recht („objektives“ Recht) bezeichnet — „subjektives Recht“.

3. Das (subjektive) Recht ist also eine Macht, aber keine physische, sondern eine Willensmacht. Demgemäß dient es nur dem Willen des Berechtigten (oder seines Vertreters) und ist auch nur gegen den Willen der übrigen Beteiligten gerichtet.

Ich habe z. B. durch Erbgang Eigentum an einem Geldschrank erworben. Das objektive Recht gewährt mir nun an dem Geldschranke keine physische Macht, schafft ihn nicht in meine Wohnung, liefert mir nicht den verloren gegangenen Schlüssel; wohl aber verwehrt es jedem Dritten, mich daran zu hindern, daß ich selber den Schrank in meine Wohnung schaffe und mir selber den Schrankschlüssel besorge.

---

1) Neuner, Wesen u. Arten der Privatrechtsverhältnisse (66), Bierling, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe 2 Bde. (77, 83); Ders. juristische Prinzipienlehre Bd. 1 (94); Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht (78), Schuppe, Begriff des subjektiven Rechts (87), Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (92).

4. Der Ansicht, daß das subjektive Recht eine Willensmacht ist, wird entgegengehalten: ein Recht könne auch Kindern und Geisteskranken zustehen, welche keinen Willen haben.[2]) Gewiß. Aber deshalb wird eben den Kindern und Geisteskranken ein Gewalthaber bestellt, der für sie die Willensherrschaft ausübt; und auch solange ein Gewalthaber nicht bestellt ist, fehlt ihnen das Recht nicht ganz; das Recht bedeutet ja nicht, daß der Berechtigte wirklich will und die andern Beteiligten ihm wirklich gehorchen, sondern nur, daß, wenn der Berechtigte will, die übrigen Beteiligten ihm gehorchen sollen; auch das Kind kann also ein Recht haben und vermag es nur nicht auszuüben, solange ihm ein Gewalthaber fehlt.

5. Abweichend von der oben gegebenen Begriffsbestimmung fassen Manche das subjektive Recht als „rechtlich geschütztes Interesse" auf.[3]) Indes ist erstlich das Recht nicht selber das Interesse, sondern höchstens das Mittel zum Schutz des Interesses. Und zweitens: nach unseren positiven Gesetzen und Gewohnheiten braucht ein Berechtigter, wenn er sein Recht ausübt, nur in gewissen Ausnahmefällen[4]) nachzuweisen, daß er es zur Wahrnehmung eines Interesses thue; regelmäßig ist sogar der Einwand, daß ihm ein Interesse an der Ausübung seines Rechts fehlt, unzulässig. Nur zur Chikane darf er sein Recht nicht brauchen; aber eine Rechtsausübung ohne Interesse (z. B. aus Eigensinn) ist noch lange keine Chikane. So besteht also zwischen Interesse und Recht kein notwendiger Zusammenhang.

Beispiel: der ausziehende Mieter darf alles, was ihm gehört, mitnehmen, z. B. einen kleinen Rest Kohlen, der nicht einmal die Transportkosten wert ist, selbst wenn der Vermieter, um den Auszug zu beschleunigen, sich bereit erklärt, die Kohlen gegen Werterſatz zu behalten.

6. Zu jeder Herrschaft gehört als ihre Kehrseite ein Beherrschtsein: zu jedem subjektiven Recht gehört eine Verpflichtung.

II. Arten der Rechte.

§ 15.

I. 1. Man unterscheidet

a) absolute Rechte, welche grundsätzlich gegen jedermann wirken;[1])

b) relative Rechte, welche grundsätzlich nur gegen einen einzigen oder doch nur gegen eine bestimmt begrenzte Mehrzahl Verpflichteter wirken.

Beispiel: a) A. hat sein Grundstück böslicherweise zweimal verkauft, zuerst an B., dann an C.; letzteren läßt er als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuche eintragen. Alsdann

---

2) Dernburg, Pandekten 1 § 39.

3) Jhering, Geist des römischen Rechts III § 60.

4) Z. B. RGB. 12 (Recht am eigenen Namen).

1) Kärger, Zwangsrechte (82), Fuchs, Wesen der Dinglichkeit (89), Oertmann, Jahrb. f. Dogm. 31 S. 415 (91), Pflüger, Arch. f. civ. Pr. 79 S. 406 (92), 83 S 352 (94).

hat C. Eigentum an dem Grundstücke erworben; Eigentum aber ist ein absolutes Recht. B. hat hingegen nur ein Forderungsrecht aus dem Kaufvertrage; das Forderungsrecht aber ist ein relatives, nämlich nur zwischen den Vertragsparteien A. und B. wirksames Recht. Hieraus folgt: von den beiden Käufern B. und C. hat den Vorzug C., obschon sein Erwerb später geschah als der des B.; denn C. kann fordern, daß sein Recht als ein absolutes von jedem Dritten, also auch von B. anerkannt werde; B. hingegen kann nur fordern, daß sein Recht als ein relatives von dem ursprünglichen Schuldner A. anerkannt werde, während ihm gegen C. ein Anspruch nicht zusteht.

b) Dem A. entläuft sein minderjähriger Sohn und sein Knecht; beide verdingen sich bei B. als Arbeiter. Nun kann A. gegen B. darauf klagen, daß er ihm den Sohn ausliefere, während er wegen des Knechts eine gleiche Klage gegen B. nicht hat. Denn das Recht des Vaters an seinem minderjährigen Sohne ist ein absolutes, gegen jeden Dritten, also auch gegen B. wirksames Recht, während das Recht des Herrn gegen seinen Knecht bloß ein Forderungsrecht, also nur gegen den Knecht selbst wirksam ist.

2. Der Gegensatz zwischen absoluten und relativen Rechten ist indes — wie durch das doppelte „grundsätzlich" (= „mit Vorbehalt von Ausnahmen") in der Begriffsbestimmung zu 1 angedeutet wird — kein schroffer. Erstlich kann ein absolutes Recht von Befugnissen dritter Personen durchkreuzt werden, und dann wirkt es gegen solche Personen gar nicht oder nur unvollkommen. Zweitens kann umgekehrt ein relatives Recht unter Umständen auch gegen dritte Personen, welche zunächst zu der Zahl der Verpflichteten nicht gehören, dennoch wirksam werden. Dadurch wird aber der Gegensatz nicht ganz beseitigt. Denn eine Regel bleibt unverändert in Geltung: das absolute Recht wirkt gegen jeden, der es stört, es sei denn, daß der Störer eine Ausnahme zu seinen Gunsten behaupten und beweisen kann; umgekehrt: das relative Recht wirkt zunächst nur gegen die bestimmten Verpflichteten, gegen einen Dritten aber bloß dann, wenn der Berechtigte ausnahmsweise auch die Haftung dieses Dritten nachzuweisen vermag. Anders gesagt: der Inhaber eines absoluten Rechts braucht, wenn er gegen einen Störer vorgeht, nur sein Recht und dessen objektive Störung durch den Gegner nachzuweisen, während der Inhaber eines relativen Rechts außerdem noch darthun muß, daß sein Recht gerade gegen den von ihm belangten Gegner wirksam ist.

Beispiele: I. Das Eigentum an Grundstücken ist, wie schon erwähnt, ein absolutes Recht, also „grundsätzlich" wirksam gegen jeden Dritten; doch versagt das Recht mehr oder minder vollständig, wenn der Dritte nachweisen kann, daß der Eigentümer ihm das Grundstück vermietet oder verkauft oder durch Betrug entzogen hat. Noch mehr abgeschwächt wird das Eigentum, wenn es irrtümlich im Grundbuche gelöscht ist; aber selbst dann behält es, wie später zu zeigen, „grundsätzlich" seine absolute Kraft. II. Das Recht dessen, der ein Grundstück gekauft hat, ohne es im Grundbuche auf seinen Namen umschreiben zu lassen, ist, wie gleichfalls schon erwähnt, ein bloßes Forderungsrecht, also ein relatives Recht, und „grundsätzlich" nur gegen den Verkäufer und dessen Erben wirksam; dennoch wirkt es ausnahmsweise auch gegen Dritte, z. B. gegen den, der das Grundstück widerrechtlich beschädigt oder der es sich von dem zahlungsunfähigen Verkäufer schenken läßt.

3. Die absoluten ebenso wie die relativen Rechte zerfallen in verschiedene Unterarten. Diese Unterarten sind erst im Verlauf der Darstellung näher zu bestimmen. Hier muß die Benennung der wichtigsten Unterarten genügen.

a) Absolute Rechte:

α) absolute Rechte an Personen, z. B. die väterliche Gewalt,

β) absolute Rechte an (körperlichen) Sachen — sie führen den Namen „dingliche Rechte" —, z. B. das Eigentum,

γ) absolute Rechte an unkörperlichen Gütern, z. B. das Recht des Erfinders an seiner patentierten Erfindung,

δ) absolute Rechte an Sach- oder Güterinbegriffen, z. B. das Erbrecht.

b) Relative Rechte:

α) die Forderungsrechte,

β) die gegenseitigen Rechte zwischen einer Gesellschaft oder Körperschaft und ihren Mitgliedern.

II. Sonstige Unterscheidungen der subjektiven Rechte (z. B. in teilbare und unteilbare, höchstpersönliche und veräußerliche) werden weiter unten, namentlich in der Einleitung zu der Lehre von den Rechtsinhabern, zu erwähnen sein.

Dritter Abschnitt.

Die Rechtsinhaber.

Einleitung.[1])

§ 16.

I. Bei jedem Recht sind drei verschiedene persönliche Beziehungen vorhanden, erstlich zu der Person, welche das Recht auszuüben hat, zweitens zu der Person, in deren Namen die Ausübung des Rechts erfolgen muß, drittens zu der Person, deren Nutzen die Ausübung des Rechts dienen soll, also die Beziehung erstlich zum Ausüber, zweitens zum Namengeber, drittens zum Genießer.

1. Die dreifache persönliche Beziehung des Rechts kann in einer einzigen Person auslaufen, wenn nämlich ein einziges Individuum zugleich als Ausüber, Namengeber und Genießer des Rechts auftritt; thatsächlich bildet dies sogar die Regel. Es ist aber auch sehr wohl möglich, daß jede der persönlichen Beziehungen auf ein verschiedenes Individuum zurückführt.

Beispiele: 1) Ich kaufe mir ein Pferd. Das Recht auf Übergabe des Pferdes, welches durch den Kaufvertrag begründet ist, steht in (aktiver) Beziehung nur zu einem Individuum, nur zu mir; denn ich selber kann in meinem eigenen Namen und zu meinem eigenen Nutzen die Übergabe des Pferdes fordern; ich selber bin Ausüber, Namengeber, Genießer. 2) Nun nehme man an, daß ich bei dem Kaufabschluß nicht als Käufer bekannt werden will, da ich fürchte, daß mir ein zu hoher Preis abgefordert wird. Deshalb beauftrage ich einen Pferdehändler, das Pferd in seinem Namen für mich zu kaufen. Der Händler führt den Auftrag aus. Auch jetzt ist aus dem Kaufabschluß ein Recht auf Übergabe des Pferdes entstanden. Aber nicht ich kann jetzt die Übergabe in meinem Namen fordern, sondern nur der Händler in seinem Namen; denn er hat ja den Kaufvertrag in seinem Namen abgeschlossen, also auch das Recht in seinem Namen erworben. Aber er darf sein Recht nur zu meinem Nutzen ausüben, weil er den Kauf „für mich“ — d. h. eben zu meinem Nutzen — abgeschlossen hat; er muß insbesondere, wenn das Pferd ihm übergeben ist, es an mich weiter geben. Das Recht auf das Pferd steht jetzt mithin in Beziehung zu zwei Individuen, zu dem Händler und zu

---

1) Bekker, Jahrb. f. Dogm. 12 S. 1, Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe Bd. 2 (83).

mir. Der Händler ist Ausüber und Namengeber, ich bin Genießer. 3) Man nehme im vorigen Falle an, daß ich den Auftrag zum Kaufe des Pferdes einem am Orte bestehenden Pferdehandlungsgeschäft, dessen Inhaber wegen Geisteskrankheit bevormundet ist, gegeben habe. Jetzt schließt der Vormund des Geschäftsinhabers den Kauf ab; er thut dies im Namen des Geschäftsinhabers; er thut es in meinem Nutzen. Das Recht auf die Übergabe des Pferdes steht nunmehr in Beziehung zu drei Individuen; der Vormund ist Ausüber, der Geschäftsinhaber ist Namengeber, ich bin Genießer.

2. Von den drei persönlichen Beziehungen des Rechts ist juristisch am wichtigsten die des Namengebers, obschon sie bloß auf einem Worte zu beruhen scheint, während die That des Rechts dem Ausüber und der Vorteil des Rechts dem Genießer zufällt.

a) Denn zunächst tritt der Ausüber hinter den Namengeber zurück. Indem er in fremdem Namen handelt, giebt er ja selbst zu erkennen, daß er seine Macht dem Namengeber entlehnt und daß der Namengeber der eigentliche Herr des Rechtes sei. Ohne den Namengeber ist denn auch der Ausüber einfach machtlos. Freilich kann man diesen Satz umkehren und sagen: ohne den Ausüber ist auch der Namengeber machtlos, weil ja eine Macht, die nicht ausgeübt werden kann, in Wahrheit keine Macht ist. Indes ist die Machtlosigkeit des Namengebers, dem sein Ausüber abhanden gekommen (z. B. des Geisteskranken, dessen Vormund gestorben), nur eine vorübergehende, weil ihm alsbald einfach ein neuer Ausüber bestellt wird. Gerade hieraus geht hervor, daß die Rolle des Ausübers eine bloße Gehilfenrolle ist. Das Gesetz erkennt dies auch an, indem es, sofern der Erwerb irgend eines Rechts einer bestimmten Personenklasse verwehrt ist, nur darauf sieht, ob der Namengeber, nicht auch, ob der Ausüber zu dieser Klasse gehört.

b) Ebenso tritt der Genießer hinter den Namengeber zurück. Denn er kann mit dem Rechte unmittelbar garnichts anfangen, ist vielmehr gänzlich auf die Vermittlung des Namengebers (bezw. des Ausübers) angewiesen. Und zwar ist der Namengeber nicht bloß sein Gehilfe; deshalb ist keine Rede davon, daß, wenn der Namengeber dem Genießer abhanden kommt — z. B. dadurch, daß er auf das Recht verzichtet —, der Genießer die Einsetzung eines neuen Namengebers fordern darf; ebensowenig wird der Namengeber, wenn er den Genießer schädigt, indem er ihm die Vorteile des Rechts verkümmert, durch einen Nachfolger ersetzt. Oft bleibt überdies der Genießer den durch das Recht verpflichteten Personen gänzlich unbekannt; sie haben nur mit dem Namengeber und Ausüber zu thun und ahnen nicht, daß der Genuß des Rechts einer dritten Person zufällt.

c) So erscheint also der Namengeber als der eigentliche Inhaber („Subjekt") des Rechts, und es ergiebt sich folgende Begriffsbestimmung: Inhaber eines Rechts ist derjenige, in dessen Namen die in dem Rechte enthaltene Willensherrschaft ausgeübt werden darf.

II. Jeder, der fähig ist, Inhaber eines Rechts zu sein, heißt „rechtsfähig". Auch wird er als „Person" bezeichnet. Und zwar gelten als Personen

ausnahmslos alle einzelnen Menschen und außerdem der Staat, die Gemeinden, die Körperschaften, die Stiftungen, welche deshalb im Gegensatz zu den Menschen mit dem Namen „juristische Personen“ bedacht werden.

III. Die Handlungsfähigkeit ist von der Rechtsfähigkeit durchaus verschieden: während letztere in der Fähigkeit besteht, Rechte zu „haben“, ist erstere die Fähigkeit, in eigener Person eine Handlung mit Rechtswirkung vorzunehmen.

1. Ob jemand in diesem Sinne handlungsfähig ist, bestimmt das Gesetz. Die natürliche Handlungsfähigkeit genügt also nicht. So können z. B. sechsjährige Kinder im natürlichen Sinne sehr wohl handlungsfähig sein, rechtlich handlungsfähig sind sie dagegen niemals.

2. Da Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit begrifflich nicht zusammenfallen, kann es Individuen geben, die rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig, und solche, die handlungsfähig, aber nicht rechtsfähig sind.

a) Rechtsfähig, aber nicht handlungsfähig sind z. B. Geisteskranke sowie juristische Personen, denen die zu ihrer Vertretung berufenen Organe abhanden gekommen sind. Diese können Rechte haben, aber nicht selber ausüben.

b) Handlungsfähig, aber nicht rechtsfähig waren in ältester Zeit die Knechte; sie konnten fremde Rechte ausüben, aber nicht selber haben; jetzt gehören hierher nur gewisse Personenvereine, welche, obschon ihnen die juristische Persönlichkeit und also die Rechtsfähigkeit fehlt, dennoch rechtlich handeln, z. B. Prozesse führen können.

3. Die Handlungsfähigkeit ist in verschiedener Art bestimmt.

a) Die Geschäftsfähigkeit befähigt zum Abschluß von Rechtsgeschäften.

b) Die Zurechnungsfähigkeit (Deliktfähigkeit) befähigt zur verantwortlichen Vornahme unerlaubter Handlungen.

c) Daneben giebt es noch eine besondere Handlungsfähigkeit zu gewissen gesetzlich ausgezeichneten Handlungen, z. B. zur Testamentserrichtung, zur Eheschließung.

IV. Abgeleiteter und ursprünglicher Rechtserwerb.

Man kann in zwiefacher Art Inhaber eines Rechts werden.

1. Man kann erstlich ein Recht von dem älteren Rechte eines Anderen ableiten: abgeleiteter (derivativer) Rechtserwerb, auch Rechtsnachfolge (Sukzession) genannt. Alsdann erwirbt man das eigene, jüngere Recht nur, weil der Andere — wir nennen ihn Gewähren oder Urheber des jüngeren Rechts oder auch Rechtsvorgänger — jenes ältere Recht besaß. Deshalb ist der Erwerb des jüngeren Rechts von dem gültigen Bestande des älteren Rechts abhängig. War das ältere Recht gar nicht vorhanden, so kommt auch der Erwerb des jüngeren Rechts nicht zu stande; so wird z. B., wer eine gestohlene Sache vom Diebe kauft, nicht Eigentümer der Sache; denn da der

Verkäufer kein Eigentum an der Sache hatte, kann auch der Käufer von ihm kein Eigentum „ableiten". War ferner das ältere Recht zwar vorhanden, aber bedingt oder befristet, so ist auch das jüngere Recht notwendig ein bedingtes oder befristetes u. s. w. Der abgeleitete Erwerb hat wieder drei Unterarten.

a) Das ältere Recht ist mit dem jüngeren Recht identisch und wechselt bloß den Inhaber, indem es von dem Gewähren auf den jetzigen Inhaber übergeht. Hierher gehören die zahlreichen Fälle, wo jemand das Eigentum einer Sache oder eine Forderung dadurch erwirbt, daß er die Sache oder Forderung dem bisherigen Eigentümer oder Gläubiger abkauft oder daß er den bisherigen Eigentümer oder Gläubiger beerbt.

b) Das ältere Recht ist mit dem jüngeren identisch, wechselt aber den Inhaber nicht vollständig, sondern steht fortab dem bisherigen und dem neuen Inhaber gemeinsam zu. Hierher gehört z. B. der Fall, daß ein Gesellschafter eine ihm bisher allein gehörige Sache in die Gesellschaft einbringt. Von gleicher Art ist der umgekehrte Fall, wo jemand, der bisher nur Mitinhaber eines Rechts war, Alleininhaber wird.

c) Das ältere Recht ist vom jüngeren verschieden. Der Inhaber des älteren Rechts hat also sein Recht nicht zu Gunsten des Inhabers des jüngeren Rechts verloren oder mit ihm gemeinsam gemacht, sondern aus der Fülle seiner rechtlichen Macht ist für den Erwerber ein neues Recht geschaffen oder gleichsam abgezweigt. Hierher gehört z. B. der Fall, daß jemand sich von dem Eigentümer eines Gartens das Recht bestellen läßt, durch diesen Garten zu gehen, oder daß jemand durch den Gerichtsvollzieher die Möbel seines Schuldners pfänden läßt und dadurch an den Möbeln ein Pfandrecht erwirbt.

Aller abgeleiteter Erwerb ist entweder Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge. Hierüber s. unten § 49 Nr. 3.

2. Man kann zweitens, statt ein Recht von dem Rechte eines Anderen abzuleiten, das eigene Recht unabhängig vom fremden Recht erwerben: ursprünglicher (originärer) Erwerb. Hierher gehört z. B. der Fall, daß man an einer herrenlosen Sache Eigentum erwirbt, indem man sie in Besitz nimmt.

V. Arten der Rechte, nach dem Rechtsinhaber bestimmt.

1. Bei den meisten Rechten wird der Inhaber unmittelbar bestimmt. Bei manchen Rechten wird dagegen der Inhaber nur mittelbar bezeichnet, indem das Recht z. B. dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks oder einer Urkunde zugeschrieben wird; zu den Rechten mit mittelbar bestimmtem Inhaber gehören vor allem die Grundgerechtigkeiten und die Rechte aus Order- und Inhaberpapieren.

2. Manche Rechte sind einem individuell bezeichneten Inhaber und nur ihm zugeteilt, können also von ihm nicht abgetrennt werden; sie heißen höchst-

persönliche Rechte; hierher gehören z. B. die Rechte am eigenen Namen, die meisten Familienrechte. Andere Rechte können dagegen von ihrem ursprünglichen Inhaber abgetrennt und auf einen anderen Inhaber übertragen werden. Und zwar geschieht die Übertragung entweder durch Erbgang und Veräußerung, z. B. beim Eigentum, bei den meisten Forderungsrechten, oder nur durch Veräußerung, nicht durch Erbgang, z. B. beim Nießbrauch, oder nur durch Erbgang, nicht durch Veräußerung, z. B. bei den Forderungen aus gewissen Rektapapieren.

3. Manche Rechte stehen grundsätzlich nur einem bestimmten hochprivilegierten Inhaber, nämlich dem Staate, zu und können von anderen Personen bloß als Rechtsnachfolgern des Staats oder durch einen außerordentlichen Rechtsvorgang, nämlich eine besonders erschwerte Ersitzung — in Preußen durch Ersitzung von 44 Jahren, gemeinrechtlich durch unvordenkliche Verjährung[2]) — erworben werden. Diese Rechte heißen „regal“. Sie gehen entweder auf den Eigentumserwerb an gewissen herrenlosen Sachen, z. B. das Bernsteinregal, oder auf die ausschließliche Benutzung gewisser herrenloser Sachen, z. B. die Wildflößerei auf herrenlosen Gewässern oder — wenigstens in früherer Zeit — auf den ausschließlichen Betrieb gewisser Gewerbe. Die Regalien unterscheiden sich von den Staatshoheitsrechten, z. B. dem Recht auf Steuern und Zölle, durch ihren privatrechtlichen Charakter; deshalb können sie auch vom Staate beliebig an Privatpersonen übertragen werden; sie werden sogar thatsächlich sehr oft verpachtet; dagegen sind die Staatshoheitsrechte grundsätzlich unveräußerlich. Andrerseits unterscheiden sich die Regalien von den sonstigen Privatrechten des Staats dadurch, daß der Staat diese sonstigen Rechte, z. B. das Eigentum an den Regierungsgebäuden und den Domänen, nur in gleicher Art erwirbt, wie gewöhnliche Privatpersonen, während die Regalien ihm ohne weiteres, also unmittelbar kraft Gesetzes zustehen. — Die Regalien waren bereits im fränkischen Reiche bekannt, freilich nicht als Vorrechte des Staats, sondern, der damaligen Auffassung entsprechend, als Vorrechte des Königs. Namentlich ist dazumal das herrenlose Land und dessen Nutzung Regal gewesen, ebenso die schiffbaren Flüsse, der Bergbau, zum Teil auch die Jagd und Fischerei. Auch Befugnisse, die uns heute als Staatshoheitsrechte erscheinen, wie z. B. das Recht der Zollerhebung, das Münzrecht, wurden als Privatrechte behandelt und traten also gleichfalls in die Reihe der eigentlichen Regalien.[3]) Allmählich wechselten die Regalien den Inhaber, namentlich seit dem Ende der Stauferzeit: sie gingen immer mehr vom Könige auf die Landesherren über. Seitdem hat ihr Umfang noch weiter zugenommen, indem z. B. im 16. Jahrhundert das Postregal neu auftauchte.[4]) Dagegen ist in neuerer Zeit die Zahl und Wichtigkeit der Regalien

---

2) Pr.LR. II, 14 § 35, I, 9 § 629. — c. 26 X. de V. S.

3) Constitutio de regalibus Friedrichs I. (1158).

4) Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Regalien (1806), Schröder, Rechtsgeschichte §§ 28, 48, Brunner 1 S. 205, 2 S. 75, 171, Heusler 1 S. 364.

ungemein zurückgegangen. Ganz verschwunden ist das Postregal; es besteht allerdings zu Gunsten des Reichs, Bayerns und Württembergs ein beschränktes Monopol der Brief- und Zeitungspost; dies Monopol ist aber ein Staatshoheitsrecht geworden und gehört nicht mehr dem Privatrecht an,[5]) so wenig, wie das Münzrecht. Ganz verschwunden ist ferner das Jagdregal. Dagegen haben sich landesrechtlich einzelne Reste des Regals an Flüssen, des Fischerei- und Bergregals und das Regal an herrenlosen Grundstücken erhalten. — Diese Überreste der Regalien sind kümmerlich, und der Begriff des Regals wird in absehbarer Zeit ganz veralten. Dagegen knüpft geschichtlich an das Institut der Regalien ein anderer, höchst moderner Gedanke an, der der Verstaatlichung der Gewerbe kraft Staatshoheitsrechts. Wie soeben schon erwähnt, ist der Übergang vom regalen Gewerbebetriebe zu einem nicht fiskalischen, sondern wirklich staatlichen Betriebe bei der Post bereits erfolgt. Auch andere, zur Zeit noch freie Gewerbe werden der Verstaatlichung nicht entgehen. — Das Reichsgesetzbuch läßt das Recht der Regalien unberührt[6]); es verbleib also beim Landesrecht.

I. Die Menschen.

1. Anfang und Ende der menschlichen Persönlichkeit.

§ 17.

I. Die menschliche Persönlichkeit **beginnt** mit der vollendeten Geburt eines lebenden Kindes.[1])

1. Sie ist also vor und während der Geburt noch nicht vorhanden. Allerdings wird auch die ungeborene Leibesfrucht bereits rechtlich beachtet, wie später im Vormundschafts- und im Erbrechte zu zeigen ist.[2]) Allein als Mensch gilt sie noch nicht; die rechtliche Persönlichkeit geht ihr noch ab. Namentlich kann eine Erbschaft nicht endgültig von ihr erworben, sondern ihr nur für den Fall der lebenden Geburt einstweilen vorbehalten werden.

2. Die Geburt ist vollendet, sobald das Kind vollständig aus dem Mutterleibe ausgetreten ist. Ist die Frucht vor oder während der Geburt gestorben, so ist eine menschliche Person nicht entstanden. Hat sie dagegen ihre Geburt überlebt, so ist sie zum Menschen, zur Person geworden, mag ihr Leben auch nur nach Sekunden gezählt haben. Dies gilt sogar dann, wenn ein Kind so vorzeitig geboren wird, daß von vornherein feststeht, es vermöge wegen seiner

---

5) Abw. Gerber 16. Aufl. § 67⁴. Siehe auch Laband, Staatsrecht 2 S. 61.

6) EG. 73.

1) RGB. 1.

2) RGB. 1912, 1923; siehe auch 844 Abs. 2.

Unreife nur wenige Augenblicke zu leben; die entgegengesetzte Auffassung des älteren Rechts,[3]) daß nur die Geburt eines „lebensfähigen" Kindes genüge, ist in neuerer Zeit nur noch durch den code civil 725 festgehalten, dagegen von den anderen Gesetzbüchern und jetzt vom Reichsgesetzbuch verworfen.[4]) Ebenso liegt eine Lebendgeburt vor, wenn das lebend geborene Kind wegen unheilbarer organischer Fehler alsbald zu Grunde geht. — Als Zeichen der Lebendgeburt gilt nicht bloß, wie im älteren Recht, daß das Kind die Augen aufgeschlagen oder die vier Wände beschrieen hat,[5]) sondern jede andere, noch so geringfügige Lebensregung, z. B. ein schwaches, nur vom Arzte festgestelltes Atmen.

Beispiel: jemand hinterläßt bei seinem Tode eine Witwe und einen Bruder; die Witwe wird einige Monate später von einem Kinde entbunden; ist das Kind bei der Geburt tot, so erbt die Witwe von dem Nachlasse ihres Mannes $^1/_2$, während dem Bruder gleichfalls $^1/_2$ zufällt; überlebt dagegen das Kind seine Geburt auch nur um eine Minute, so erbt die Mutter $^1/_4$, das Kind $^3/_4$, und letztere $^3/_4$ gehen nach Ablauf der einen Minute auf die Mutter als Erbin ihres Kindes über; der Bruder erhält also garnichts.

Das Leben des Kindes muß ein selbständiges gewesen sein; deshalb ist die Zerschneidung der Nabelschnur zur Vollendung der Geburt zwar nicht nötig; aber ein nur durch die Nabelschnur vermitteltes Leben genügt rechtlich nicht. — Auch die schlimmsten Mißgeburten gelten als Menschen, wenn sie nur eine Zeit lang leben; die Einschränkung älterer Gesetze,[6]) daß die Mißgeburt immerhin menschliche Gestalt haben müsse, ist vom Reichsgesetzbuch nicht übernommen; mit Recht, denn lebende Mißgeburten, denen die menschliche Gestalt wirklich ganz fehlte, giebt es nicht.

II. Die menschliche Persönlichkeit endigt mit dem Tode des Menschen. In ältester Zeit konnte sie auch durch eine vertragsmäßige oder zur Strafe eintretende Verknechtung endigen, da der Knecht nicht als Person galt; seitdem aber im Mittelalter die Rechtsfähigkeit der Knechte anerkannt wurde, war die Verknechtung nur eine Minderung, nicht mehr eine Zerstörung der Rechtsfähigkeit. Weit länger erhielt sich als Endigungsgrund der rechtlichen Persönlichkeit die Friedlosigkeit, welche namentlich gegen jeden eintrat, der Jahr und Tag in des Reiches Acht blieb; wer friedlos war, war echtlos, d. h. vollkommen rechtlos, also ohne rechtliche Persönlichkeit.[7]) Als eine Art Fortsetzung der Friedlosigkeit konnte die Strafe des bürgerlichen Todes gelten, welche noch in neuerer Zeit nach rheinischem und bayerischem Rechte zulässig war: doch bedeutete sie nur eine scharfe Minderung, nicht aber eine völlige Aufhebung der Rechtsfähigkeit; jetzt ist sie abgeschafft, spätestens seit 1871, da das RStrGB. sie nicht erwähnt[8]) — Auch

3) Ssp. I, 33. Albw. Heusler 1 S. 101.

4) Im gemeinen Recht war die Frage streitig; für das Erfordernis der Lebensfähigkeit Wächter in den Leipziger Programmen von 63—66, Dernb. 1 § 50; dawider Savigny 2 S. 385, Regelsberger 1 S. 243.

5) L. Alam. 89 (92). Ssp. Lehnr. 20 § 1.

6) Z. B. Pr. LR. I, 1 § 17.

7) Ssp. I, 38 § 2. Verfemungsformel (Kraut § 49 Nr. 5).

8) Gierke 1 § 42[8].

der sog. bürgerliche Tod, der bei Klostergeistlichen als Folge der Profeßleistung eintrat, gehört hierher, weil er wenigstens auf dem Gebiete des Privatrechts (nämlich der Familien- und Vermögensrechte) die Persönlichkeit der Klostergeistlichen einfach verlöschte.[9]

Fortsetzung. Beweis von Leben und Tod.

§ 18.

Wenn die Geburt, das Weiterleben, der Tod eines Menschen oder die genaue Zeit seiner Geburt oder seines Todes streitig ist, kann der Beweis in gewöhnlicher Art, z. B. durch Augenzeugen, öfters nur schwer oder garnicht erbracht werden. Deshalb stellt das Gesetz eine Reihe von Rechtsvermutungen auf.

I. Frühere Gesetze[1]) stellten bei der Geburt eine Vermutung zu Gunsten des Lebens des Kindes auf. Dies ist jetzt beseitigt.

II. Für die Richtigkeit eines Geburts- oder Sterbefalls, der in den standesamtlichen Registern eingetragen ist oder über den auf Grund seines Registers der Standesbeamte eine besondere Bescheinigung ausstellt, streitet die Vermutung. Das ist um deswillen hervorzuheben, weil der Standesbeamte die Geburts- und Sterbefälle nicht auf Grund eigener Wahrnehmung in sein Register einträgt, sondern nur auf Grund einer Anzeige anderer Personen. Und selbst diese anderen Personen brauchen nicht immer Augenzeugen des Falles gewesen zu sein; wenigstens der Vater kann die Geburt eines ehelichen Kindes, das Familienhaupt den Tod eines Angehörigen anzeigen, wenn er den Fall auch nur von dritten Augenzeugen erfährt.[2]) Doch ist gegen die Vermutung der Gegenbeweis zulässig.

III. Sind mehrere Personen in gemeinsamer Lebensgefahr umgekommen, so wird vermutet, daß alle gleichzeitig gestorben sind.[3]) Deshalb beerbt z. B. wenn bei einer Feuersbrunst Vater und Sohn in einem Hause zusammen verbrennen, weder der Vater den Sohn, noch der Sohn den Vater. Gegenbeweis ist auch hier zulässig.

IV. Weitere sehr wichtige Rechtsvermutungen werden für „Verschollene" aufgestellt, d. h. für abwesende Personen, über deren Verbleib keine glaubhafte Nachricht vorliegt.[4])

1. Diesen Vermutungen werden bestimmte Fristen zu Grunde gelegt.

a) Regelmäßig beträgt die Frist zehn Jahre seit dem Schluß des letzten

---

9) Siehe unten § 22 Nr. 2 f.

1) Sächs. Gb. 34.

2) RGes. v. 6. 2. 75 § 15, 18, 57.

3) BGB. 20. Noch weiter ging Pr. LR. I, 1 § 39; sächs. Gb. 2007. Ganz anders das römische u. französische Recht.

4) Cropp in Cropps u. Heises Abhandl. 2 S. 115 (30), Bruns im Jahrb. f. gem. Recht 1 S. 90 (57), Northoff, Arch. f. prakt. Rechtsw. n. F. 2 S. 1 (65), Riesenfeld, Verschollenheit (91).

Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat; sind seit der Geburt des Verschollenen schon siebzig Jahre verflossen, so wird die Frist auf fünf Jahre herabgesetzt; war der Verschollene dagegen zur Zeit der letzten Lebensnachricht noch minderjährig, so wird die Frist verlängert, indem ihr Lauf erst mit dem Schluß des Jahres beginnt, wo der Verschollene volljährig geworden ist. [5])

Beispiel: letzte Nachricht vom Leben des Verschollenen am 1. Juli 1900; die Todeserklärung ist regelmäßig zulässig seit 1. Januar 1911; bei einer Person, die am 1. März 1885 geboren, ist sie erst zulässig seit 1. Januar 1917; bei einer Person, die am 1. März 1830 oder 1835 geboren, ist sie schon zulässig vom 1. Januar 1906.

b) Diese regelmäßige Frist wird stark verkürzt, wenn jemand unter Umständen in Verschollenheit gerät, die einen frühen Tod besonders wahrscheinlich machen.

α) So zunächst, wenn jemand als Angehöriger einer bewaffneten Macht in einem Kriege in Verschollenheit gerät. Alsdann beträgt die Frist nur drei Jahr vom Friedensschluß oder vom Ende des Jahres, in dem der Krieg ohne Friedensschluß thatsächlich aufgehört hat. [6])

Diese Frist gilt nur für eigentliche Kriege, nicht z. B. für bloße Revolten, die vielmehr im Einzelfall zur Gruppe γ gehören mögen. Auch wird die Frist für größere Kriege, an denen Deutschland beteiligt ist, bezüglich der Angehörigen des deutschen Heeres durch Sondergesetz noch mehr verkürzt, indem die Todeserklärung sofort nach Erlaß des Sondergesetzes gestattet wird. [7])

β) So ferner, wenn jemand auf einem während der Seefahrt untergegangenen Fahrzeuge in Verschollenheit gerät. Alsdann beträgt die Frist ein Jahr seit dem Untergange des Fahrzeuges. Und zwar wird der Untergang des Fahrzeuges nach Ablauf von 1—3 Jahren vermutet, sodaß also, falls die Zeit, da das Fahrzeug untergegangen, nicht bewiesen werden kann, die ganze Verschollenheitsfrist 2—4 Jahr beträgt. [8])

Die Frist, nach deren Ablauf der Untergang des Schiffes vermutet wird, beginnt mit dem Tage der Abreise von dem Orte, an welchem das Schiff zuletzt gesehen worden ist. Sie beträgt, wenn, von diesem Orte aus gerechnet, die Reise nach dem Reiseplan nur die Ostsee berühren soll, ein, wenn sie andere europäische Meere berühren soll, zwei, wenn sie auch außereuropäische Meere berühren soll, drei Jahre; das mittelländische Meer samt Anhängen gilt dabei als europäisch.

γ) So endlich, wenn jemand in irgend einer anderen Lebensgefahr in Verschollenheit gerät, z. B. auf einem untergegangenen Flußschiffe oder auf einem verschwundenen Luftballon oder in einem abgebrannten Hause oder bei einer

---

5) RGB. 14. Ähnlich preuß. LR. II, 18 § 823 flg.
6) RGB. 15. Siehe Pr. LR. I, 1 § 35.
7) Siehe z. B. die preuß. Ges. v. 24. 2. 68 u. 2. 4. 72.
8) RGB. 16. Ähnlich preuß. Ges. v. 24. 2. 1851.

Straßenrevolte. Hier beträgt die Frist drei Jahre seit dem gefahrbringenden Ereignisse.[9])

2. a) Der Ablauf der Frist begründet die Vermutung, daß der Verschollene gestorben sei. Doch tritt diese Todesvermutung nicht von Rechtswegen ein, mag seine Verschollenheit auch noch so lange gedauert haben.[10]) Vielmehr wird die Vermutung erst wirksam, wenn der Verschollene nach Ablauf der Frist durch gerichtliches Urteil für tot erklärt wird.[11])

Das Urteil ergeht nur auf Antrag; antragsberechtigt ist jeder Beteiligte, also der Erbe des Verschollenen, der ihm bestellte Pfleger, ja sogar ein beliebiger Gläubiger des Verschollenen. In dem Antrage sind die zu seiner Begründung erforderlichen Thatsachen glaubhaft zu machen, nach Ermessen des Gerichts durch eidliche Erklärung des Antragstellers. Darauf hat ein Aufgebot des Verschollenen zu erfolgen. Das Aufgebot ist regelmäßig durch die Zeitungen bekannt zu machen; wenn jedoch seit der Geburt des Verschollenen über 100 Jahre verstrichen sind oder wenn einer der besonderen zu 1 b erwähnten Fälle vorliegt, genügt die Anheftung des Aufgebots an der Gerichtstafel. Außerdem kann das Gericht über den Verbleib des Verschollenen anderweite Ermittelungen anstellen. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verschollene seinen letzten allgemeinen inländischen Gerichtsstand hatte; hat er solchen nie besessen, so wird das zuständige Gericht durch die Justizverwaltung bestimmt.[12])

b) In dem gerichtlichen Urteil ist der Zeitpunkt anzugeben, in welchem der Verschollene mutmaßlich gestorben ist. Diesen Zeitpunkt kann das Gericht auf Grund seiner (konkreten) Ermittelungen frei bestimmen. Wenn jedoch, wie dies die Regel sein wird, die gerichtlichen Ermittelungen kein sicheres Ergebnis gehabt haben, so ist als Zeitpunkt des vermuteten Todes nicht der Tag, an dem die Todeserklärung ergeht oder rechtskräftig wird, festzusetzen, sondern:

α) in den Regelfällen (oben 1 a) der Endpunkt der Todeserklärungsfrist,

β) bei der Verschollenheit auf der Seefahrt der Zeitpunkt, in welchem das Fahrzeug untergegangen ist oder kraft gesetzlicher Vermutung als untergegangen gilt,

γ) in den übrigen Fällen der Anfangstag der Todeserklärungsfrist, also namentlich bei der Verschollenheit im Kriege der Tag des Friedensschlusses.[13])

3. Der Verschollene wird aber nicht bloß mit einer Todes-, sondern auch mit einer Lebensvermutung bedacht. Und zwar ist die Lebensvermutung sogar noch stärker als die Todesvermutung, weil sie von Gesetzes wegen platz greift

9) RGB. 17.

10) Abw. teilweise Pr. LR. I, 1 § 38.

11) RGB. 13.

12) Diese Regeln über das Todeserklärungsverfahren finden sich nicht im RGB., sondern in einer Novelle zur ZPO., welche einstweilen nur im Entwurf vorliegt.

13) RGB. 18.

und nicht erst, wie letztere einer gerichtlichen Todeserklärung, so einer gerichtlichen Lebenserklärung bedarf. Der Verschollene soll nämlich als lebend gelten: [14])

a) wenn er für tot erklärt wird, bis zu dem in der Todeserklärung als Todeszeit festgesetzten Zeitpunkt,

b) wenn eine gerichtliche Todeserklärung unterbleibt, bis zu dem Zeitpunkt, der, falls eine Todeserklärung erfolgt wäre, nach gesetzlicher Regel als Todeszeit hätte festgesetzt werden müssen, also regelmäßig bis zum Ablauf des 10. Jahres nach dem Jahre, in dem die Verschollenheit ihren Anfang nahm.

4. a) Die durch die Todeserklärung geschaffene Vermutung des Todes hat alle Wirkungen wie der Beweis des Todes, und zwar nicht bloß zu Gunsten des Antragstellers, sondern auch zu Gunsten jedes Dritten. Namentlich wird jetzt die Erbschaft in das Vermögen des Verschollenen zu Gunsten derer eröffnet, die in dem durch das Urteil festgestellten Zeitpunkt des Todes seine nächsten Erben waren, mögen sie sich auch bei dem Todeserklärungsverfahren garnicht beteiligt haben; ebenso erlischt die väterliche Gewalt des Verschollenen. Nur seine Ehe wird nicht sofort aufgelöst, sondern erst dann, wenn der andere Gatte zur zweiten Ehe schreitet. [15])

b) Entsprechendes gilt für die Lebensvermutung. Namentlich erwirbt der Verschollene, solange er als lebend vermutet wird, eine ihm anfallende Erbschaft, es können in seinem Namen Verträge abgeschlossen werden u. s. w.

5. Die Todeserklärung wird hinfällig, wenn der Beweis geführt wird, daß der Toterklärte thatsächlich noch am Leben ist, also namentlich dann, wenn der Toterklärte heimkehrt. Alsdann ist dem Toterklärten sein Vermögen, falls es inzwischen den Erben ausgeantwortet war, wieder herauszugeben; zu diesem Zweck steht ihm eine der Erbschaftsklage nachgebildete Klage zu: sie verjährt in 30 Jahren seit der Besitznahme des Vermögens durch die Erben, aber nicht früher als ein Jahr, nachdem der Verschollene von der Todeserklärung Kenntnis gewonnen hat. [16]) Nur die familienrechtlichen Wirkungen der Todeserklärung bleiben auch jetzt fortbestehen; so erlangt z. B. der Verschollene die väterliche Gewalt über seine Kinder nicht sofort mit seiner Rückkehr wieder, sondern erst dann, wenn er die Wiederaufnahme der Gewalt dem Gericht anzeigt. [17])

Statt des „Gegenbeweises" gegen die durch die Todeserklärung begründete Todesvermutung kann auch eine „Anfechtung" der Todeserklärung versucht werden. [18]) Die Anfechtung geschieht durch Klage. Als Kläger kann jeder Beteiligte auftreten; Beklagter ist der, welcher die Todeserklärung beantragt

14) RGB. 18 Abs. 1 § 19.
15) RGB. 1348, 1679, 1885.
16) RGB. 2031.
17) RGB. 1679.
18) Novelle zur ZPO.; siehe oben Anm. 12.

hat, oder wenn dieser selbst die Klage erhebt oder wenn er gestorben ist, der Staatsanwalt. Die Klage ist zu begründen entweder durch formelle Vorstöße des früheren Verfahrens oder damit, daß die Todeserklärung sachlich unzutreffend war; wird die Todeserklärung umgestoßen, so wirkt dies gegen alle Beteiligten, während der bloße Gegenbeweis nur zwischen den Parteien wirkt. — Durch die Anfechtungsklage kann auch eine Berichtigung des vermutlichen Todestages erlangt werden.

6. Über die Behandlung, welche die Rechtsverhältnisse der Verschollenen bis zur Todeserklärung erfahren, siehe das Vormundschaftsrecht.

7. Das Recht der Lebens- und Todesvermutung hat sich erst seit der Aufnahme des römischen Rechts entwickelt; vorher hatte für derartige Vermutungen ein Bedürfnis nicht bestanden, da das mittelalterliche deutsche Prozeßrecht auch über solche Thatsachen, welche der Schwörende nur glaubte, nicht aber aus eigener Wahrnehmung kannte, einen Eidesbeweis zuließ und deshalb der Beweis des Todes eines Verschollenen nicht besonders schwer war. Übrigens war das seit der Rezeption ausgebildete Recht nicht etwa römischen Ursprungs, da die Römer eine besondere Todesvermutung sowenig gekannt haben, wie die Deutschen, sondern nur Erzeugnis der Glossatorenweisheit und der Gerichtspraxis.

a) Die für die Vermutungen maßgebenden Fristen wurden äußerst verschieden berechnet. Entweder nahm man an, daß der Verschollene als an seinem 101. Geburtstage verstorben gelte, ohne Rücksicht auf die Dauer seiner Verschollenheit; dies war die sogenannte sächsische Praxis, die in Deutschland schließlich gemeinrechtlich wurde, nur daß man statt des 101. den 71. Geburtstag gesetzt hatte. Oder man nahm an, daß der Verschollene nach dreißigjähriger Dauer der Verschollenheit als verstorben gelte, ohne Rücksicht auf sein Lebensalter; dies war die sogenannte schlesische Praxis, welche von den meisten späteren Gesetzen angenommen ward, nur daß man die Frist noch mehr verkürzte (10 Jahr: Preußen, Bayern; 20 Jahr: Sachsen) und zugleich für Minderjährige und Personen über 65 Jahr doch wieder auf das Lebensalter Rücksicht nahm.[19]) Das Reichsgesetzbuch folgt gleichfalls der also abgeänderten schlesischen Praxis; neu ist nur, daß es seine Fristen von dem letzten Tage des Jahres ab rechnet, in dem die Verschollenheit begann.

b) Anfangs griff die Todesvermutung von Rechtswegen sofort mit Ablauf der Frist platz. Erst seit dem 18. Jahrhundert wurde eine gerichtliche Todeserklärung mit vorausgehendem Aufgebot für nötig erklärt. Und zwar wurde der gerichtlichen Todeserklärung vielfach „konstitutive“ Kraft zugeschrieben, d. h. als mutmaßlicher Todestag des Verschollenen galt nicht der letzte Tag der Frist, sondern der Tag, an dem die gerichtliche Erklärung rechtskräftig wurde: so namentlich nach Pr. L.R. II. 18 § 835; im gemeinen Recht war

19) Pr.LR. II, 18 § 823 ff.; sächs. Gb. 38.

die Frage sehr streitig [20]); das Reichsgesetzbuch hat sich jetzt für eine bloß „deklaratorische" Wirkung der Todeserklärung entschieden.

c) Eine positive Lebensvermutung wurde der Todesvermutung nur in einigen Rechtsgebieten zur Seite gestellt, z. B. in Preußen; im gemeinen Recht war auch diese Frage sehr bestritten. [21])

V. Da nach den Regeln zu IV. ein *Verschollener* geraume Zeit hindurch als lebend vermutet wird, liegt es nahe, ein gleiches auch für *Nichtverschollene* anzunehmen, also zu sagen: jeder Mensch, dessen Geburt nachgewiesen ist, wird bis auf weiteres als fortlebend vermutet. Indes hat das Gesetz diese weitergehende Vermutung *nicht* ausgesprochen. Wenn also jemand auf die Zeit des Lebens seines Sohnes eine jährliche Rente bezieht, so muß er Jahr für Jahr nachweisen entweder, daß der Sohn verschollen ist und deshalb als fortlebend vermutet wird, oder aber, daß der Sohn wirklich fortlebt.

Zusatz I. Über die örtliche Anwendung des Rechts der Verschollenheit giebt EG. 9 eine lückenhafte, schwer verständliche Bestimmung. Ich komme, unter analoger Anwendung dieses Artikels, zu folgenden Regeln: 1. Ist jemand zu der Zeit, da er in Verschollenheit geriet, deutscher Staatsangehöriger gewesen, so wird er im allgemeinen nach deutschem Verschollenheitsrecht beurteilt, mag er auch zuletzt im Auslande gewohnt haben; nur für seine nach ausländischem Rechte zu beurteilenden Rechtsverhältnisse und für sein im Auslande befindliches Vermögen ist ausländisches Verschollenheitsrecht anzuwenden; für letztere Rechtsverhältnisse ist also eine deutsche Todeserklärung wirkungslos, vielmehr eine besondere ausländische Todeserklärung nötig. 2. Für Ausländer gelten die entsprechenden Regeln in umgekehrter Richtung: sie unterliegen im allgemeinen dem Verschollenheitsrecht ihres Heimatsstaats; nur mit Bezug auf Rechtsverhältnisse, die nach inländischem Rechte zu beurteilen sind, und auf ihr inländisches Vermögen sollen auch für sie die deutschen Verschollenheitsregeln anwendbar sein; mit Beschränkung auf diese inländischen Rechtsverhältnisse kann durch ein deutsches Gericht auch eine Todeserklärung gegen Ausländer ausgesprochen werden.

II. Über die zeitliche Anwendung des Verschollenheitsrechts ist folgendes zu bemerken. 1. Die Frage, ob jemand für tot gilt oder für tot zu erklären ist, ist eine *Beweisfrage*. Nach allgemeiner Regel ist für solche Fragen nicht das Recht entscheidend, welches zu der Zeit galt, da die zu beweisende Thatsache sich ereignet hat, sondern das Recht, welches zu der Zeit gilt, da der Beweis geführt werden soll. Denn es kommt ja darauf an, ob wir in dem letztgenannten Zeitpunkte die Überzeugung gewinnen, daß die Thatsache sich vormals ereignet hat. Deshalb sind die *Voraussetzungen* einer Todeserklärung, welche nach dem 1. Jan. 1900 beantragt wird, durchaus nach neuem Recht zu beurteilen [22]); nur soweit bereits vorher, unter der Herrschaft des alten Rechts, eine positive Rechtsvermutung Geltung gewonnen hat, wird diese durch das neue Recht nicht berührt. Beispiel: A. ist am 1. März 1850 in Fulda geboren und von dort 1879 ausgewandert, ohne daß man wieder Nachricht von ihm bekommen hätte; nach dem in Fulda geltenden gemeinen Recht kann A. erst vom 1. März 1920 ab für tot erklärt werden und gilt bis zu diesem Tage positiv als lebend; nach Reichsrecht könnte er schon vom 1. Jan. 1890 für tot erklärt werden und, da sein Todestag auf diesen Tag zu bestimmen ist, würde er auch nur bis zu diesem Tage als lebend vermutet. Demgemäß ist, da das Reichsrecht von 1900 ab anwendbar ist, jedoch die bis dahin in Geltung gewesene positive Lebensvermutung nicht beseitigen kann, die Todeserklärung vom 1. Jan. 1900 ab zulässig und als Todeszeit der 1. Jan. 1900 festzusetzen. 2. Die *Wirkung* einer Todes-

20) Gierke 1 § 42 Nr. 4.

21) Regelsb. 1 S. 253.

22) Siehe Motive zum EG. S. 239.

erklärung, die vor 1900 ausgesprochen ist, bestimmt sich in vermögensrechtlicher Beziehung nach altem, in familienrechtlicher Beziehung nach neuem Recht; das gleiche gilt, wenn die Todeserklärung nach 1900 ausgesprochen, aber schon vorher bei Gericht beantragt war. Bei einem nach 1900 eingeleiteten Verfahren folgt dagegen die Wirkung ganz dem neuen Recht, mag auch der Fristablauf großenteils vor 1900 fallen.[23]) 3. Das Verfahren der Todeserklärung richtet sich, wenn vor 1900 anhängig, nach altem, sonst nach neuem Recht.[24]) 4. Die Lebensvermutung gilt sofort, soweit sie nicht einer nach älterem Recht bereits wirksam gewordenen Todeserklärung widerspricht.

2. Rechtliche Unterschiede der Menschen.

a) Geschlechtsunterschied.[1])

§ 19.

1. Im öffentlichen Rechte sind die Frauen seit jeher schlechter gestellt gewesen wie die Männer.

a) Daraus ergab sich in der ältesten Zeit, wo das Privatrecht mit dem öffentlichen Recht aufs engste verflochten war, auch im Privatrecht eine schlechtere Stellung der Frauen: sie standen lebenslänglich unter Vormundschaft, waren grundsätzlich nicht lehnsfähig und wurden im Erbrecht zurückgesetzt.[2])

b) Schon im späteren Mittelalter ist das Privatrecht aus der Verbindung mit dem öffentlichen Recht mehr und mehr ausgelöst. Seitdem ist auch die privatrechtliche Stellung der Frauen der der Männer näher gerückt und z. B. die lebenslängliche Vormundschaft über die Frauen zunächst abgeschwächt und schließlich ganz beseitigt. Im heutigen Rechte stehen die Frauen den Männern sogar grundsätzlich gleich; nur im Familienrecht werden Ehemann und Ehefrau, selbstverständlich durchaus verschieden behandelt; ebenso, wenn auch im minderen Maß, Söhne und Töchter[3]); auch wird das Recht und die Pflicht der Frauen, eine Vormundschaft zu übernehmen, beschränkt.[4]) Weitere Unterschiede zu Ungunsten der Frauen finden sich in einigen Sonderrechten, nämlich dem des Adels, der Familienfideikommisse und der Bauerngüter.

2. Aus dem römischen Recht hatten das gemeine Recht und ältere Landesgesetze gewisse Begünstigungen der Frauen („weibliche Rechtswohlthaten") übernommen; namentlich wurden die Bürgschaften der Frauen an schwierige

---

23) EG. 158—160.

24) EG. 161.

1) Nähere Nachweise bei den einzelnen Lehren.

2) Ed. Roth. 204: nulli mulieri . . . liceat in sui potestatem arbitrium id est selpmundia vivere. — Sächs. Lehnr. 2 § 1: papen, wip, . . . solen lenrechtes darven. — L. Sax. 41: pater aut mater defuncti filio, non filiae hereditatem relinquunt.

3) RGB. 1620, 1633.

4) RGB. 1783, 1786.

Formen geknüpft; die meisten neuen Gesetze und das Reichsgesetzbuch haben auch diese Begünstigungen der Frauen beseitigt.

3. Zwitter erkennt das Reichsgesetzbuch als solche nicht an; sie sind dem Geschlecht zuzuweisen, dem sie am nächsten stehen.

b) Altersunterschied.

§ 20.

I. Jugendliches Alter.

1. a) Das älteste Recht kannte nur eine einzige rechtliche Altersstufe, die der Mündigkeit, welche meist auf das 12.,[1]) bei einzelnen Stämmen auch auf das 10. oder 15. Lebensjahr festgelegt war. Im Laufe der Zeit ist diese Altersstufe auf eine höhere Zeit, namentlich das 18. oder 21. Lebensjahr hinaus geschoben,[2]) so jedoch, daß teilweise der frühere Termin als rechtlich bedeutsame Zwischenstufe beibehalten wurde.[3]) Seit der Rezeption drang fast allgemein eine Zweiheit der Altersstufen durch: die erste wurde mit den Römern auf das 7. Lebensjahr, die zweite entweder gleichfalls mit den Römern auf das 25. oder, dem älteren deutschen Rechte folgend, auf das 18. oder 21. oder vermittelnd auf das 22., 23. oder 24. Lebensjahr festgesetzt. Das jüngste Recht[4]) schließt sich an das System der zwei Altersstufen an, indem es die zweite Stufe auf das 21. Lebensjahr bestimmt, und unterscheidet demgemäß **Minderjährigkeit** und **Volljährigkeit**, getrennt durch das vollendete 21. Lebensjahr, und innerhalb der Volljährigkeit **Kindheit** und **ältere Minderjährigkeit**, getrennt durch das vollendete 7. Lebensjahr.

b) Die Altersstufe, welche die Minderjährigkeit abschließt, kann durch **Volljährigkeitserklärung** bis auf das 18. Lebensjahr zurückgeschoben werden.[5]) Die Volljährigkeitserklärung erfolgt durch das Vormundschaftsgericht; sie bedarf der Zustimmung des Minderjährigen; wenn dieser unter elterlicher Gewalt steht, ist auch die Zustimmung von Vater oder Mutter nötig (ausgenommen wenn eine minderjährige Witwe für volljährig erklärt werden soll). Sie darf nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert; angebracht ist sie namentlich, wenn ein Minderjähriger ein kaufmännisches Geschäft ererbt, da die vormundschaftliche Verwaltung eines solchen Geschäfts allzu schwerfällig ist. — Volljährigkeitserklärungen kommen schon im Mittelalter vor,[6]) doch wohl unter römischem Einfluß. Anfangs wurden sie nur durch besonderes Privileg seitens des Kaisers und seiner Pfalzgrafen, später auch seitens der Landesherrn bewilligt; so noch bis 1900 in Baiern,[7]) während in Preußen bereits

1) Ed. Roth. 155.
2) L. Liutpr. 19. — Ssp. I, 42 § 1.
3) Richtst. Landr. 43 § 4.
4) Preuß. Ges. v. 9. 12. 69. RGes. v. 17. 2. 73.
5) RGB. 3—5.
6) Stobbe 1 § 40 III.
7) Bayr. V. v. 15. 4. 17 § 41, Roth, Bayr. Civilrecht § 24[II].

Pr. LR. II. 18 § 720 und KabOrdre v. 16. 6. 1808 die Volljährigkeitserklärung den Gerichten übertragen hat. — Daß ein Minderjähriger, z. B. weil in seinem standesamtlichen Geburtsschein der Geburtstag falsch angegeben war, fälschlich für volljährig angesehen wird, steht natürlich einer Volljährigkeitserklärung nicht gleich, mag auch das Vormundschaftsgericht den Irrtum teilen und die Vormundschaft verfrüht für beendigt erklären.[8])

c) Bezüglich der landesherrlichen Familien bleiben die hausgesetzlichen Volljährigkeitstermine, z. B. oft das 18. Lebensjahr, in Geltung.[9])

d) Die allgemeinste Bedeutung der Minderjährigkeit ist, daß jeder Minderjährige rechtlich unselbständig ist und deshalb einem Gewalthaber (Muntwalt, gesetzlichem Vertreter) untergeordnet wird, sei es dem Vater oder der Mutter, sei es einem Vormunde oder Pfleger; dagegen ist der Volljährige als solcher selbständig, es sei denn, daß er durch eine besondere Fessel (Ehe, Entmündigung) gebunden ist. — Höchst bedeutsam ist die Minderjährigkeit ferner, weil sie die Handlungsfähigkeit beschränkt; davon wird weiter unten, namentlich in der Lehre von den Rechtsgeschäften, zu sprechen sein. — Das ältere Recht hatte die Regel, daß gewisse Fristen zum Nachteil eines Unmündigen nicht laufen, sondern erst mit seiner Mündigkeit beginnen.[10]) Ähnliches schrieb das gemeine Recht nach römischem Vorbilde für die Verjährungsfristen zu Gunsten Minderjähriger unter 14 Jahren vor, während es zu Gunsten älterer Minderjähriger wenigstens die kurzen Verjährungsfristen ausschloß.[11]) Das Reichsgesetzbuch kennt dagegen eine ähnliche Begünstigung der Minderjährigen nur dann, wenn sie (etwa weil ihr Vormund gestorben) zeitweise eines Gewalthabers entbehren.[12]) — Nach römischem Vorbilde gewährte endlich das gemeine Recht einem Minderjährigen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, namentlich gegen solche ihn schwer benachteiligende Rechtsgeschäfte, die sein Gewalthaber oder mit dessen Zustimmung er selbst abgeschlossen[13]) hatte. Die neueren Gesetze[14]) und das Reichsgesetzbuch beseitigen auch dies Privileg.

e) Die rechtliche Bedeutung der Kindheit besteht darin, daß sie die Geschäfts- und Zurechnungsfähigkeit ganz ausschließt.[15])

2. Außer den beiden Stufen des Lebensalters, die soeben besprochen wurden, giebt es noch einige andere jugendliche Altersstufen, welchen eine mehr beschränkte Bedeutung zukommt.[16])

a) Die Vollendung des vierzehnten Lebensjahres bei Knaben, des zwölften

---

8) Zitelmann 1 S. 44.
9) RGes. v. 17. 2. 75 § 2. Näheres unten im Adelsrecht.
10) Sächs. Lehnr. 26 § 9.
11) Dernb., Pand. 1 § 147. Vermittelnd Pr. LR. I, 9 § 535.
12) RGB. 206 (unten § 74 VII, 4). Ähnlich schon sächs. Gb. 154; noch strenger HGB. 149.
13) Dernb., Pand. 1 § 139.
14) Preuß. Ges. v. 12. 7. 75 § 9.
15) RGB. 104, 828.
16) RGB. 229, 1303, 828.

bei Mädchen war im römischen Recht von allergrößter Wichtigkeit, weil damit die „Pubertät" begann und die puberes von den impuberes rechtlich scharf geschieden waren.[17]) Auch das gemeine deutsche Recht hält an dieser Unterscheidung fest, beschränkt aber ihre rechtliche Bedeutung auf zwei, freilich wichtige, Einzelpunkte, indem es die Fähigkeit ein Testament zu errichten und die volle Zurechnungsfähigkeit mit der „Pubertät" beginnen läßt; auch das preußische Recht setzt die Fähigkeit der Testamentserrichtung auf das vollendete 14. Lebensjahr (für Knaben und Mädchen) fest.[18]) Dagegen wird diese Altersstufe vom Reichsgesetzbuch nur wenig[19]) berücksichtigt. Größere Bedeutung hat sie fortab bloß kirchenrechtlich, z. B. für die Konfessionsbestimmung der Kinder.[20])

b) Mit dem vollendeten 16. Lebensjahr beginnt nach dem Reichsgesetzbuch die Fähigkeit zur Testamentserrichtung und bei Frauen die Fähigkeit zur Eheschließung.[21])

c) Mit dem vollendeten 18. Lebensjahre beginnt nach dem Reichsgesetzbuch die volle Zurechnungsfähigkeit.[22])

II. Hohes Alter.

1. Es gewährt das Vorrecht, die Übernahme von Vormundschaften und Pflegschaften ablehnen zu können; das Vorrecht beginnt mit dem vollendeten 60. Lebensjahre.[23])

2. Nach früherem Rechte konnten ältere Personen lediglich infolge ihres hohen Alters ihre rechtliche Selbständigkeit einbüßen, freilich nur mit ihrem Willen, durch freiwillige Annahme eines Vormundes.[24]) Diese Art der Altersvormundschaft ist seit der Rezeption verschwunden; seitdem giebt nicht mehr das hohe Alter als solches, sondern höchstens die im Einzelfall als Folge des Alters eintretende körperliche oder geistige Hilflosigkeit einen Grund zur Einleitung der Vormundschaft ab.

Siehe unten die Zusätze zu § 55 flg.

c) Gesundheitsunterschied.

§ 21.

I. Geistige Gebrechen sind schon im ältesten Rechte berücksichtigt worden. Namentlich wurden Wahn- und Blödsinnige seit jeher unter Vor-

---

17) Dernb., Pand. 1 § 54.
18) Pr. LR. I, 12 § 16.
19) RGB. 1750, 1728.
20) A. B. Schmidt, Austritt aus der Kirche (93) S. 93.
21) RGB. 1303.
22) RGB. 828.
23) RGB. 1786.
24) Ssp. I, 42 § 1. Stobbe 1 § 41¹.

mundschaft gestellt.[1]) Später kam auch eine Vormundschaft über Verschwender auf[2]); erst das Reichsgesetzbuch hat die Vormundschaft über Trinker hinzugefügt.

1. Regelmäßig ist ein geistiges Gebrechen — gemäß einem Grundsatze, der gemeinrechtlich nur für Verschwender galt und erst im preußischen Recht auf Geisteskranke ausgedehnt[3]) ist — nur dann privatrechtlich von Einfluß, wenn der Leidende wegen des Gebrechens durch das Amtsgericht ausdrücklich entmündigt ist.

a) Die Entmündigung geschieht nur auf Antrag eines Interessenten, in gewissen Fällen auf Antrag der Staatsanwaltschaft.

b) Stellt sich später heraus, daß sie von Anfang an zu Unrecht erfolgt, der entmündigte Geisteskranke z. B. gar nicht krank gewesen ist, so wird der Entmündigungsbeschluß auf Grund einer Anfechtungsklage aufgehoben. Stellt sich dagegen heraus, daß der Grund der Entmündigung nachträglich, z. B. durch Genesung des Kranken, fortgefallen ist, so wird die Entmündigung auf Grund eines Antrages oder einer Aufhebungsklage für beendigt erklärt.[4]) Ist keines von beiden der Fall, besteht also der Entmündigungsbeschluß formell zu Recht, so ist die Entmündigung selbst dann wirksam, wenn sie materiell nicht gerechtfertigt war.

c) Die Entmündigung hat auf die Rechtsfähigkeit keinen Einfluß: selbst der unheilbar Blödsinnige kann Rechte erwerben, wie ein Geistesgesunder, obschon er ihren Vorteil nicht zu empfinden vermag. Wohl aber wird der Entmündigte, falls er volljährig ist, einem Gewalthaber oder gesetzlichen Vertreter untergeordnet.[5]) Ferner wird seine Geschäftsfähigkeit beschränkt oder aufgehoben.[6])

d) Die Entmündigung kann platz greifen:[7])

α) Wenn jemand wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag. — Die Unterscheidung von Geisteskrankheit und Geistesschwäche entspricht der vom preußischen Landrecht durchgeführten Unterscheidung von Raserei und Blödsinn; sie bezieht sich nur auf die Stärke des geistigen Gebrechens, nicht aber auf dessen Art; sowohl abnorme Exaltation (z. B. eine Kaufmanie) als abnormer Stumpfsinn kann je nach dem Grade Geisteskrankheit oder Geistesschwäche sein; praktisch wichtig ist die Unterscheidung, weil mit Bezug auf ihre Geschäftsfähigkeit Geisteskranke den Minderjährigen unter, Geistesschwache den Minderjährigen über sieben Jahre gleichgestellt werden.

---

1) Augsb. Stadtr. 60.

2) Lüb. Recht, Hach. cod. II. c. 102.

3) Regelsberger 1 § 64, 65; Pr. LR. I, 4, § 24—26.

4) Die Einzelheiten des Verfahrens bestimmt ZPO. ~~593~~ flg.; eine Novelle zu diesem Gesetze ist in Vorbereitung. 645

5) RGB. 1896, 6.

6) S. unten § 55.

7) RGB. 6.

β) Wenn jemand verschwenderisch lebt; doch muß seine Verschwendung nicht bloß leichtsinnig, unvernünftig, anstößig, sondern auch gefährlich sein, nämlich ihn selbst oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzen. — Notstand ist aber nicht gleich absoluter die Mildthätigkeit oder die Armenunterstützung herausfordernder Verarmung, sondern bedeutet eine Vermögenslage, die nach hergebrachter Anschauung ein standesgemäßes Leben des Verschwenders und seiner Familie nicht gestattet.[8])

γ) Wenn jemand infolge von Trunksucht seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet.

2. Ehe es zur Entmündigung kommt, kann der Kranke unter vorläufige Vormundschaft gestellt werden. Doch ist dies erst zulässig, wenn der Antrag auf Entmündigung gestellt ist, und nur dann, wenn es zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung des Vermögens oder der Person des Kranken erforderlich ist.[9])

3. Nur ausnahmsweise wird ein geistiges Gebrechen auch ohne förmliche Entmündigung (oder Einleitung einer vorläufigen Vormundschaft) berücksichtigt, indem es sowohl die Geschäfts- wie die Zurechnungsfähigkeit des Leidenden vollständig aufhebt. Doch gilt dies nur in den schwersten Fällen, nämlich dann, wenn das Leiden geradezu die freie Willensentschließung des Kranken ausschließt.[10])

II. Auch leibliche Gebrechen waren im älteren Recht von großer privatrechtlicher Bedeutung. Zunächst war die rechtliche Handlungsfähigkeit von der körperlichen Rüstigkeit abhängig. Die mittelalterlichen Quellen geben dieser Auffassung sogar mit Vorliebe Ausdruck: wer nicht mehr das Schwert heben, wer nicht mehr das Roß besteigen kann, darf seine Habe nicht mehr veräußern, es sei denn, daß die Erben ihre Zustimmung geben.[11]) Deshalb sind auch die uns so geläufigen Verfügungen auf dem Totenbette völlig ungültig. In neuerer Zeit ist diese Auffassung verschwunden.[12]) Auch die mittelalterliche Regel, daß gewisse körperliche Gebrechen die Rechtsfähigkeit vermindern, z. B. Krüppel und Aussätzige nicht erbfähig sind[13]), ist jetzt nur noch im Lehnrecht praktisch. — Doch werden Taubstumme[13a]), Blinde oder gebrechliche Personen auch von unserm heutigen Rechte in der Weise besonders berücksichtigt, daß ihnen zur Besorgung ihrer Rechtssachen im Bedürfnisfalle ein

---

8) Zitelmann 1 S. 81.

9) RGB. 1906.

10) Siehe unten § 55, I. — RGB. 104, 827; ebenso pr. LR. I, 4 § 23; I, 6 § 41; sächs. Gb. 81.

11) Ssp. I, 52 § 2; Grimm, Rechtsalterth., S. 95 flg.

12) Das lüb. Recht v. 1586 I, 10, 3 hat den Grundsatz noch; doch ist er gewohnheitsrechtlich beseitigt, dagegen soll er im Bamberger Recht noch bis 1900 gelten. Roth 1 § 66[7].

13) Ssp. I, 4. 13a) Siehe auch RGB. 828 Abs. 2, Satz 2.

Pfleger bestellt werden kann [14]); sie büßen aber dadurch nicht etwa ihre Geschäftsfähigkeit, geschweige ihre Zurechnungsfähigkeit ein [15]); die Bestellung des Pflegers stellt also keineswegs eine Entmündigung dar. — Nach preußischem Landrechte gelten für Blinde und Taubstumme erschwerte rechtsgeschäftliche Formen. [16]) Auch dies beseitigt das Reichsgesetzbuch, außer im Erbrecht.

Zusatz: I. Eine Entmündigung ist gegen deutsche Staatsangehörige immer statthaft, mögen sie auch im Auslande wohnen; doch werden wir auch eine Entmündigung Deutscher, die im Auslande erfolgt ist, anerkennen, wenn sie dort ihren Wohnsitz oder, wohnsitzlos, ihren Aufenthalt haben. — Gegen Ausländer ist eine Entmündigung bei uns nur statthaft, wenn sie im Inlande wohnen oder, wohnsitzlos, hier ihren Aufenthalt haben. (EG. 8.) — Siehe im übrigen den Zusatz zu § 55 flg.

II. Die reichsrechtlichen Regeln über Entmündigung gelten von 1900 ab sofort, mag auch die Entmündigung vor 1900 erfolgt sein (EG. 155, 156); nur ob in letzterem Falle die Entmündigung gültig geschehen, ist nach dem bisherigen Rechte zu beurteilen. — Siehe unten die Zusätze zu § 55 flg.

d) Standesunterschied.

§ 22.

Das ältere Recht wurde seit Beginn des Mittelalters von den ständischen Unterschieden geradezu beherrscht.[1]) Durch die Rezeption des römischen Rechts und mehr noch durch die nivellierende Richtung der neuen Wirtschafts- und Gesellschaftsverfassung sind diese Unterschiede sehr vermindert.

1. Geburtsstände.

a) Der Adel hat nur einen Teil seines alten Rechtes bewahrt, und zwar der hohe Adel einen erheblichen, der niedere Adel einen geringen Teil. Davon wird unten in der Darstellung des Adelsrechts die Rede sein.

b) Der höhere Bürgerstand hatte bis in die neueste Zeit hier und da ein besonderes eheliches Güterrecht: so lebte z. B. in den althessischen Teilen des Regierungsbezirks Kassel das niedere Volk in Errungenschaftsgemeinschaft, während der höhere Bürgerstand gemeinsam mit dem Adel sich des römischen Dotalrechts erfreute.[2]) Auch sonst galten einige Sonderrechte für ihn.[3]) Mit dem Reichsgesetzbuch verschwindet dies alles.

c) Der Stand der Leibeigenen ist in den Städten schon während des Mittelalters mehr und mehr verschwunden. Auf dem Lande ist er erst seit dem 18. Jahrhundert durch Freigebung der Leibeigenen aufgehoben. Den Anfang

14) RGB. 1910; ähnl. sächs. Ges. v. 20. 2. 82 und für Taubstumme pr. LR. II, 18 § 15; siehe auch pr. Vorm.Ord. v. 5. 7. 75 § 81, 90.

15) Siehe RGB. 104, 114. Abw. sächs. Gb. 81; pr. LR. I, 5 § 25.

16) Pr. LR. I, 5 § 171.

1) Siehe oben S. 6.

2) Roth 2 S. 41 [9].

3) Pr. LR. II, 6 § 112 (Schmerzensgeld nur für niederen Bauernstand), II, 1 § 701 (Ehescheidungsgründe).

zur Freigabe machten meist die Landesherren auf ihren Domänen. Die Freigabe der anderen Leibeigenen folgte erst später nach, z. B. in Baden 1783, in Altpreußen 1807, in Bayern 1808, in Hessen-Darmstadt 1811, in Mecklenburg 1820, in Hannover 1833.[4])

2. Berufsstände.

a) Manche Klassen der Gewerbetreibenden genießen einer privatrechtlichen Sonderstellung. Von ihr soll — mit Ausschluß der Sonderstellung der Kaufleute, die ins Handelsrecht gehört — bei der Darstellung des Gewerberechts die Rede sein.

b) Die Beamten sind im Privatrecht wenig ausgezeichnet. Erwähnt sei, daß ihr Gehalt nur zum Teil abgetreten oder verpfändet werden kann, daß sie (landesrechtlich) nur mit Erlaubnis der Vorgesetzten zu Vormündern bestellt werden dürfen u. s. w. Die preußische Regel, daß Militärpersonen von den Subalternoffizieren abwärts in der Darlehnsfähigkeit beschränkt sind, ist durch das Reichsgesetzbuch aufgehoben.[5])

c) Militärpersonen im allgemeinen sind ausgezeichnet durch das Soldatentestament.

d) Bis in die neuere Zeit waren Studenten wegen ihrer Kreditgeschäfte gewissen Beschränkungen unterworfen. Dies ist jetzt beseitigt.[6])

e) Kleriker. Ihr aktives Erbrecht wurde im Mittelalter teilweise dem der Frauen gleichgestellt;[7]) ebenso wurde auch ihr passives Erbrecht zu Gunsten von Kirche oder Bischof eigentümlich umgestaltet;[8]) ferner wurde ihre Zölibatspflicht als privatrechtlich bindend anerkannt; sie waren nicht lehnsfähig u. s. w. Von alledem hat sich jetzt nur[9]) ihre Lehnsunfähigkeit erhalten.

f) Ordensgeistliche galten mit Rücksicht auf ihr Armutsgelöbnis nach kanonischem Recht als vermögensunfähig; ihr ganzes Vermögen, mochten sie es schon zur Zeit der Profeßleistung besitzen oder später erwerben, fiel an ihren Orden.[10]) Auch das weltliche Recht[11]) nahm Vermögensunfähigkeit der Ordensgeistlichen an, ließ aber meistens das Vermögen, welches sie zur Zeit der Profeßleistung besaßen, nicht an den Orden, sondern an ihre nächsten Erben fallen; nach der Profeßleistung sollten sie weder durch Erbschaft noch durch Rechtsgeschäft einen Erwerb machen können. Hiernach und da sie auch keine Familienrechte besitzen konnten, waren die Ordensgeistlichen privatrechtlich tot; sie konnten auf dem Gebiete des Privatrechts überhaupt nicht als Rechtssubjekte, als Personen gelten. Das Reichsgesetzbuch bricht mit dieser Auf-

4) Belege bei Kraut § 46.
5) Pr. LR. I, 11 § 678.
6) Preuß. Ges. v. 25. 5. 79, Motive 1 S. 146.
7) Ssp. I, 5 § 3.
8) Friedberg, Kirchenrecht § 179, IV.
9) Siehe aber auch RGB. 1784.
10) Friedberg, Kirchenrecht 4. Aufl. § 88. VI.
11) So schon Ssp. I, 25 § 1. Ebenso Pr. LR. II, 11 § 1199, Bayr. V. v. 4. 4. 1807.

fassung. Fortab sollen die Ordensgeistlichen durch ihr Armutsgelöbnis so wenig privatrechtlich gebunden sein, wie durch ihr Keuschheitsgelöbnis. Sie behalten demnach ihr Vermögen und können auch später neues Vermögen erwerben. Doch dürfen die Landesgesetze bestimmen, daß Ordensgeistliche (und auch Mitglieder ordensähnlicher Kongregationen, deren Gelübde auf Lebenszeit oder auf unbestimmte Zeit gelten) einen gültigen Erwerb von Todeswegen oder durch Schenkung nur mit staatlicher Genehmigung machen können.[12])

Zusatz. 1. Die Regeln gelten grundsätzlich nur für deutsche Staatsangehörige; eine russische Nonne kann also auch von unseren Gerichten nach wie vor als vermögensunfähig behandelt werden.[13])

2. Sie gelten grundsätzlich für alle Beteiligten sofort von 1900 ab. Namentlich auch für Ordensgeistliche; nur erwerben diese ein Vermögen, welches sie vor 1900 an das Kloster oder ihre Erben verloren, nicht wieder zurück.

e) Ehrenunterschied.

§ 23.

Die Rechtsgeschichte der Ehre[1]) ist nicht einfach. Doch kann sie hier nicht näher dargestellt werden. Denn alle Schwankungen in der rechtlichen Behandlung der Ehre haben sich in der Hauptsache auf das öffentliche Recht (Gewerberecht, Prozeßrecht u. s. w.) bezogen, während das Privatrecht bloß in einem einzigen Zweige, dem Lehnrecht, von diesen Schwankungen berührt ward. Deshalb soll auch die schwierige Unterscheidung jener zwiefachen Ehrminderung, welche unser altes Recht kennt, der Ehr- und der Rechtlosigkeit (die angebliche dritte Art: die Echtlosigkeit hat mit der Ehre überhaupt nichts zu thun) hier nicht weiter verfolgt werden; denn privatrechtlich wirkte die Ehrlosigkeit genau in gleicher Art wie die Rechtlosigkeit. — Erwähnt sei nur, daß die rechtliche Behandlung der Ehre nach der Rezeption zeitweise römisch beeinflußt war: manche römische Wirkung der infamia wurde nämlich auch auf ehrlose Deutsche übertragen, z. B. der Verlust der testamentifactio, Geschwister durften sich nicht zu Gunsten einer turpis persona enterben u. s. w.; die neueren Gesetzbücher haben diese römischen Regeln wieder beseitigt.

Im ganzen nimmt das Privatrecht in alter wie in neuer Zeit auf die Ehrenunterschiede geringe Rücksicht; namentlich das Vermögensrecht hat wenig Ehrgefühl: es läßt dem unehrlichen Manne seinen Reichtum und dem ehrlichen seine Armut; zwei Brüder, von denen der eine wohlangesehen ist, während der andere das Zuchthaus bewohnt, erben der Eltern Nachlaß zu gleichen Teilen. Immerhin fehlt den Ehrenunterschieden der privatrechtliche Einfluß nicht ganz.

---

12) EG. 87.

13) RG. 32 S. 173.

1) Budde, Rechtlosigkeit (42); Hillebrand, Entziehung der bürgerl. Ehre (44); Maregoll, bürgerl. Ehre (24).

Wir haben deshalb auch hier ehrliche und unehrliche Leute zu unterscheiden. Und zwar giebt es unehrliche Leute von zweierlei Art:

1. Unehrlich ist, wer ehrlos lebt. Ob dies der Fall, ist nicht nach Gesetzesregeln, sondern nur nach den Regeln der Sitte zu entscheiden. Gleichgiltig ist dafür, ob man gerichtlich bestraft ist oder nicht: jemand kann oft bestraft sein, z. B. wegen Hochverrat, Zweikampf, Körperverletzung, und doch als ehrlich gelten; umgekehrt: jemand kann aller Strafe entgangen und dennoch unehrlich sein, z. B. eine Lohndirne, die alle polizeilichen Kontrollvorschriften pünktlich erfüllt. Für Menschen, die ehrlos leben, gelten folgende Regeln:[2])

a) Ihre Ehe kann auf Antrag des anderen Gatten geschieden werden.

b) Die Gewalt, welche ihnen über ihre Kinder zusteht, kann durch das Vormundschaftsgericht beschränkt werden.

c) Sie können von ihrem Gatten, ihren Eltern oder Kindern enterbt werden.

d) Überall, wo die Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses vom freien Ermessen des Gerichts oder einer andern Behörde abhängt, wird das ehrlose Leben eines Beteiligten schwer ins Gewicht fallen. So wird eine Person nicht zum Vormund ernannt oder, wenn sie bereits Vormund ist, ihres Amtes entsetzt werden, wenn das Gericht sie als ehrlos befindet. So kann eine Gesellschaft gekündigt werden, wenn einer der Gesellschafter ehrlos lebt u. s. w.

e) Soweit das maßgebende Gesetz nachgiebig ist, können die beteiligten Privatpersonen rechtsgeschäftlich die Ehrlosen noch mehr benachteiligen. So kann z. B. die Satzung eines Vereins die Ausstoßung eines ehrlosen Mitgliedes vorschreiben, in einer Fideikommißstiftung können ehrlose Familienglieder für erbunfähig erklärt werden u. s. w.

2. Unehrlich in einem anderen Sinne ist, wer die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat. Ob dies der Fall, wird nicht durch die Sitte, sondern durch feste Gesetzesregeln bestimmt. Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte tritt nämlich nur ein, wenn er durch strafgerichtliches Urteil ausdrücklich ausgesprochen ist, und dies ist nur bei Verbrechen und gewissen schwereren Vergehen zulässig und immer nur auf beschränkte Zeit (1—10 Jahr). Die Wirkung des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte auf privatrechtlichem Gebiete ist folgende.[3])

a) Daß der Ehrlose nicht zum Vormunde bestellt und, wenn er bereits bestellt ist, wieder abgesetzt wird, ist nicht, wie in dem Falle 1, in das freie richterliche Ermessen gestellt, sondern bindend vorgeschrieben. Das Gleiche gilt für das Amt des Gegenvormundes, des Pflegers, des Familienratsmitgliedes,

2) RGB. 1568, 1666, 2333 Nr. 5, 1779 Abs. 2, 1886, 723.

3) StrGB. § 32—34; RGB. 1781 Nr. 4, 1886, 2237; Libri feud. II, 21 § 10; RGes. v. 1. 5. 89 § 66.

des mütterlichen Beistandes. Ausgenommen ist nur der Fall, daß das Amt sich auf die eigenen Nachkommen des Ehrlosen bezieht.

b) Wer der bürgerlichen Ehrenrechte beraubt ist, soll nicht Urkundszeuge sein, z. B. bei einer Testamentserrichtung.

c) Er verliert Titel, Orden und Ehrenzeichen.

d) Er ist nach gemeinem Recht lehnsunfähig.

e) Er kann aus gewissen Vereinen selbst dann ausgestoßen werden, wenn die Satzung dies nicht ausdrücklich anordnet, z. B. bei eingetragenen Genossenschaften.

3. Das ältere Recht kannte noch eine dritte Klasse von Personen mit geminderter Ehre — die „anrüchigen" Leute.[4]) Zu ihnen zählten die unehelich Geborenen und alle Personen, welche ein nicht unsittliches, aber doch verrufenes (skalbares) Gewerbe betrieben, z. B. fahrende Musikanten, gewerbsmäßige Kämpfer, Abdecker, aber auch Barbiere, Leineweber u. s. w. samt ihren Nachkommen. Doch hat die Anrüchigkeit im allgemeinen nur öffentlich-rechtliche Bedeutung gehabt. Auch ist sie im 18. Jahrhundert ganz verschwunden; am längsten hat sie dem Abdecker angeklebt; selbst noch ein Reichsschluß von 1772 ließ ihn im Verruf.

Zusatz. I. Der Einfluß der Ehre auf ein Rechtsverhältnis ist nach dem örtlichen Rechte zu bestimmen, welches im übrigen für dies Rechtsverhältnis gilt.

II. Zeitlich gelten die Regeln des § 23 sofort.

f) Religionsunterschied.

§ 24.

1. Im Mittelalter galt die Ungläubigkeit als schweres Verbrechen; alle Ungläubigen — christliche Ketzer, Juden, Gottlose — waren deshalb, soweit sie überhaupt mit dem Leben davon kamen, den schwersten Rechtsnachteilen ausgesetzt.[1])

2. a) Seit der Reformation ist die Strafbarkeit der Ketzerei zu Gunsten der drei christlichen Hauptbekenntnisse — des katholischen, lutherischen und reformierten — aufgehoben, zuerst durch den Augsburger Religionsfrieden von 1555, dann nachdrücklicher durch den westfälischen Frieden von 1648. Immerhin durfte auch jetzt noch der Landesherr die Andersgläubigen aus seinen Landen ausweisen, soweit ihnen nicht der Besitzstand des Normaljahres 1624 zu gut kam;[2]) und wenn er sie in seinen Landen ließ, hat er sie — freilich jenen Reichsfriedensgesetzen zuwider — oft genug wenigstens privatrechtlich benachteiligt, ihnen z. B. den Grunderwerb verboten.[3]) Erst

---

4) Ssp. I, 38 § 1.

1) Ssp. II, 13 § 7.

2) Instr. pacis Osnabr. art. V § 35.

3) So in Hessen und Braunschweig den Katholiken, Stobbe I, § 45[3].

die deutsche Bundesakte von 1815[4]) hat den drei Hauptbekenntnissen in ganz Deutschland die volle Gleichberechtigung zugesagt.

b) Die christlichen Sektierer sowie die sogenannten Dissidenten sind weder durch die vorgenannten Friedensgesetze noch durch die deutsche Bundesakte[5]) geschützt worden. Sie wurden deshalb in manchen deutschen Gebieten sehr gedrückt; selbst Preußen hat den Mennoniten noch bis 1869 den Grunderwerb verboten.[6]) Erst seit dem norddeutschen Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 sind auch sie den Anhängern der drei christlichen Hauptbekenntnisse privatrechtlich gleichgestellt.

c) Über die Juden siehe unten § 25.

3. Die Gleichberechtigung, welche den Anhängern der verschiedenen Glaubensbekenntnisse durch die Bundesakte von 1815 und das Gesetz von 1869 gewährleistet worden ist, bedeutet nur, daß die Anhänger eines Bekenntnisses nicht *schlechter* als die Anhänger eines anderen behandelt werden dürfen; dagegen ist eine *verschiedene* Behandlung der Andersgläubigen noch immer zulässig, da sie ja keineswegs eine Zurücksetzung für sie zu enthalten braucht. So ist es z. B. statthaft, daß in Bayern und Hannover bis 1900 für Katholiken und Protestanten ein verschiedenes Ehescheidungsrecht besteht. Und noch nach 1900 dürfen Kirchhöfe derart eingerichtet werden, daß nur die Anhänger einer bestimmten Konfession an den Grabstellen Rechte erwerben und behalten können.[7])

4. Soweit das maßgebende Gesetz nachgiebig ist, können die Beteiligten die Angehörigen eines bestimmten Bekenntnisses *rechtsgeschäftlich* auch geradezu schlechter stellen. So kann z. B. ein Verein die Ausstoßung von Mitgliedern, die protestantisch werden, bestimmen; der Stifter eines Familienfideikommisses kann alle katholischen Familienglieder für erbunfähig erklären; der Onkel kann seinem Neffen ein Studienstipendium unter der Bedingung, daß er Jude bleibt oder Jude wird, versprechen. Nur dann sind derartige Bestimmungen ungültig, wenn sie unsittlich sind, z. B. wenn sie die Absicht verfolgen, jemanden wider seine bessere Überzeugung zur Verleugnung seines Glaubens zu veranlassen; ob diese Voraussetzung zutrifft, läßt sich nur für den Einzelfall entscheiden.[8])

g) Unterschied der Staatsangehörigkeit.

§ 25.

I. *Die Ausländer im allgemeinen.*

1. In ältester Zeit[1]) war der Fremde völlig rechtlos. Anders nur, wenn

4) Art. 16.
5) Trotz ihres Wortlauts, Kraut § 52 Nr. 8.
6) Rönne, preuß. Staatsr. 2 § 138 I, 1 b.
7) Gierke 1 § 54[21].
8) RG. 21 S. 279; Gierke 1 § 54[23].
1) Brunner, Rechtsgesch. 1 § 35; Heusler, Instit. 1 S. 145.

er von Volk oder König freiwillig in Schutz genommen wurde; aber das Maß des Rechts, welches er dank solches Schutzes genoß, hing von dem guten Willen des Volks oder des Königs ab, und der Schutz selbst war stets widerruflich. — „Fremd" („elend") war nicht bloß der Welsche oder Slave, sondern dem Sachsen galt auch der Franke als fremd und dem Franken der Sachse.

2. Seit der fränkischen Zeit [2]) verschwand dies strenge Recht; es galt jetzt als selbstverständlich, daß der Fremde unter dem Schutze des Königs oder des Landesherrn stand. So war der Fremde jetzt rechtsfähig. Doch nur sehr beschränkt.

a) Manche Landesherrn übten das Wildfangsrecht, d. h. sie nahmen alle Fremden, die ohne besondere Ermächtigung in ihre Lande einwanderten, als ihre Hörigen in Anspruch.[3])

b) Die meisten Landesherrn, ja auch viele Städte und ländliche Grundherrn übten das Recht des Abschosses und der Nachsteuer. Das Recht des Abschosses (jus detractus, gabella hereditaria) bedeutete, daß, wenn ein im Inlande befindlicher Nachlaß an auswärtige Erben fiel, $^1/_{10}$—$^1/_2$ des Nachlasses von dem Landesherrn, der Stadt oder dem Grundherrn zurückgehalten ward; [4]) ja es kam vor, daß der Nachlaß ganz und gar konfisziert ward (jus albinagii, droit d'aubaine). Das Recht der Nachsteuer besagte, daß, wenn jemand auswanderte, von seinem Vermögen gleichfalls $^1/_{10}$—$^1/_2$ im Lande bleiben mußte.

c) Ein Fremder durfte Grundstücke im Inlande nur erwerben, wenn er alle Pflichten eines Inländers übernahm (landsassiatus plenus).

d) Über die Retraktrechte zu Ungunsten von Ausländern siehe unten Band 2 im Sachenrecht.

3. Die mittelalterlichen Regeln dauerten noch bis in die neuere Zeit fort. Doch sind sie im Laufe dieses Jahrhunderts fast durchweg zu Gunsten der Ausländer beseitigt; beispielsweise ist in Preußen das Recht des Abschosses 1822 aufgehoben und der Erwerb von Grundstücken durch Ausländer 1874 freigegeben.[4]) Seitdem stehen sich Ausländer und Inländer privatrechtlich gleich.

a) Diese Regel gilt für die Angehörigen der verschiedenen Staaten des Deutschen Reichs unbedingt und ausnahmslos.[5]) Schon die deutsche Bundesakte Art. 18 hatte ihnen den Erwerb des Grundeigentums und die Freiheit von Abschoß und Nachsteuer zugesichert. Die Reichsverfassung Art. 3 gewährt ihnen nun das „gemeinsame Indigenat" in ganz Deutschland unbeschränkt.

b) Für Reichsausländer bestehen dagegen einige wenige Ausnahmen. So ist die Veräußerung einer Schiffspart an Ausländer erschwert und in Schleswig-

2) Lex Chamaw. 9.

3) Grimm, Rechtsaltert. S. 327, 391.

4) Gosl. Statuten S. 7.

5) Pr. Kab.Ord. v. 11. 4. 22 (vgl. Pr. LR. II, 17 § 141); Pr. Ges. v. 28. 5. 74.

Holstein sogar ganz verboten.[6]) So sind im Urheberrecht die Ausländer mehrfach hinter den Inländern zurückgesetzt.[7]) Endlich kann ganz allgemein der Reichskanzler unter Zustimmung des Bundesrats anordnen, daß, wenn ein ausländischer Staat das Deutsche Reich oder seine Angehörigen ungünstig behandelt, jenem Staate selber sowie seinen Angehörigen und deren Rechtsnachfolgern eine entsprechend ungünstige Behandlung widerfahren solle[8]) (Vergeltungsrecht, Retorsion).

Es wird z. B. wenn Portugal bei seinem Staatsbankrott portugiesische oder englische Gläubiger vor deutschen bevorzugt, bei allen in Deutschland eröffneten Konkursen eine Zurückstellung der portugiesischen Gläubiger und ihrer Zessionare hinter allen anderen Gläubigern, ja sogar eine völlige Rechtsverweigerung gegenüber allen portugiesischen Klagen angeordnet werden können.

Eine Begünstigung der Ausländer ist, daß sie keine Vormundschaften zu übernehmen brauchen.[9])

II. Die Juden.[10]) 1. Sie sind im älteren Recht stets als Ausländer behandelt. Sie waren also rechtlos, soweit sie nicht den Schutz des Königs oder des Landesherrn erhielten. Doch wurde ihnen dieser Schutz in anderer Art erteilt als sonstigen Ausländern. Privatrechtlich kommt dabei folgendes in Betracht.

a) Ihre Rechtsfähigkeit wurde eigentümlich beschränkt; so konnte jeder Jude meist nur ein Haus erwerben; der Erwerb von Landgütern war den Juden oft ganz verboten; Verträge zwischen Christen und Juden mußten gerichtlich abgeschlossen werden; die jüdische Ehefrau entbehrte der römischen Dotalprivilegien u. s. w.

b) Andrerseits gab man ihnen auch gewisse Privilegien, um ihnen den Handelsbetrieb zu erleichtern, da man bis in die Neuzeit hinein den jüdischen Handel im Interesse der Staatsfinanzen und der Volkswirtschaft für unentbehrlich hielt. Sie durften nämlich Zinsen nehmen, während den Christen (regelmäßig) die Zinsnahme verboten war; und als den Christen ein Zinssatz von 5% gestattet wurde, kam den Juden immer noch das Privileg eines höheren Zinssatzes zu.[11]) Ferner war der Verkauf von Fahrnis durch Juden besonders gesichert.

c) Das Familien- und Erbrecht der Juden wurde nach jüdischem Recht beurteilt.

2. Im Laufe der Neuzeit wurde die Rechtsstellung der Juden allmählich verbessert. Namentlich das französische Recht und sodann das preußische Juden-

---

6) HGB. 470. Lewis in Endemanns Handb. des Handelsrechts 4 S. 32[13].

7) Siehe unten im Urheberrecht.

8) EG. 31. RKonk.Ordn. 4; RPatentges. v. 7. 4. 91 12 Abs. 2; RGes. v. 12. 5. 94 § 22.

9) RGB. 1785.

10) Stobbe, Die Juden Deutschlands während des MA. (66); Höniger in der Ztschr. d. Gesch. der Juden in Deutschland Bd. 1, 2 (86, 87).

11) So nach Preuß. LR. I, 11 § 805 (8%).

edikt von 1812 brach mit der Vorstellung, daß die im Inlande aufgenommenen Juden Ausländer seien und stellte sie privatrechtlich den christlichen Inländern gleich, nur daß in Preußen die Ehe zwischen Christen und Juden unzulässig blieb. Dem schlossen sich später auch die meisten anderen Staaten an. Seit dem norddeutschen Bundesgesetz vom 3. Juli 1869 ist die Gleichberechtigung der Juden mit den Christen zum Reichsrecht erhoben, durch das RGes. v. 6. Februar 1875 auch die Ehe zwischen Christen und Juden gestattet; zugleich — zum Teil auch schon früher — sind die jüdischen Privilegien beseitigt.[12]) Die Anwendung jüdischen Rechts auf die jüdischen Familien ist nur in wenigen Staaten beibehalten (namentlich in Bayern und Hannover das jüdische Ehescheidungsrecht) und wird jetzt durch das Reichsgesetzbuch ganz ausgeschlossen.

3. Verwandtschaft und Verschwägerung.

§ 26.

I. Verwandt (blutsverwandt) sind alle Personen, die von einem gemeinsamen Stammvater abstammen.

1. Die Vorfahren (Ahnen, Ascendenten) bilden im Verhältnis zu ihren Nachkommen, (Abkömmlingen, Descendenten) die aufsteigende, umgekehrt die Nachkommen im Verhältnis zu ihren Vorfahren die absteigende Linie der Verwandtschaft; beide Linien zusammen bilden die Verwandtschaft in gerader Linie. Alle Verwandte, deren Verwandtschaft nicht der geraden Linie angehört, von denen also keiner der Vorfahr des anderen ist — z. B. Geschwister, Vettern, Onkel und Neffe — bilden die Seitenlinie[1]) (Seitenverwandte, Kollateralen).

2. Eine andere Gliederung der Verwandtschaft ist die nach Ordnungen. Man sagt nämlich, daß jeder Vorfahre mit seinen sämtlichen Nachkommen eine besondere Ordnung bilde.[2]) Statt Ordnung wurde früher häufig "Parentel" oder (in einem anderen Sinne als zu 1) „Linie" gesagt.

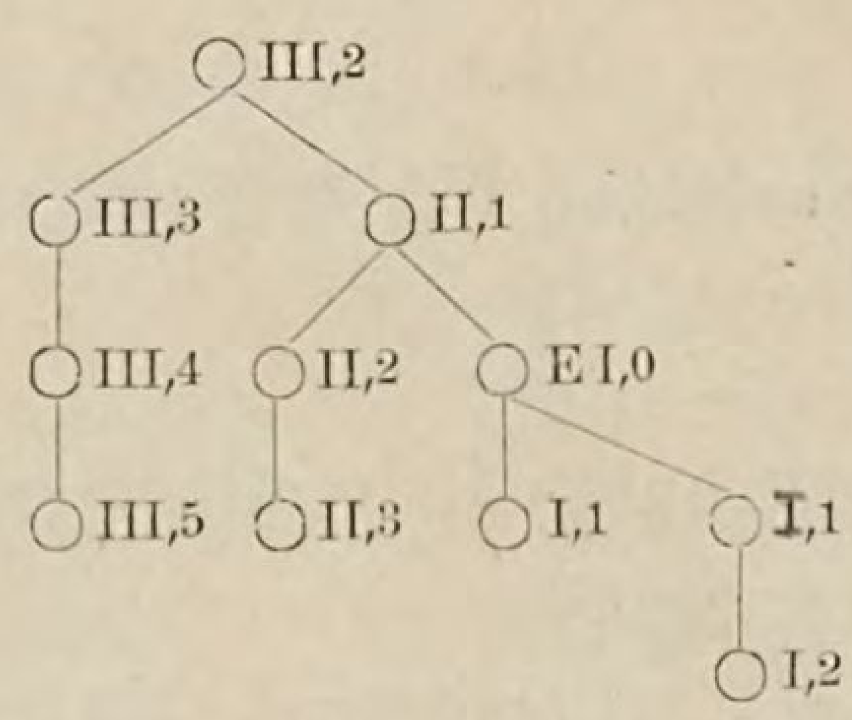
3. a) Häufig genügt es, um die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen festzustellen, wenn man angiebt, welcher Verwandtschaftsordnung (in dem zu 2 genannten Sinne) sie angehören. Dabei beginnt man die Zählung mit einer der Personen — im Erbrecht mit dem Erblasser —, indem man sie und ihre etwaigen Nachkommen als erste Ordnung annimmt, und steigt dann bis zum nächsten gemeinsamen Vorfahren beider Personen auf; wenn man z. B. die Verwandtschaft eines Großonkels zu seinem Großneffen festzustellen hat, muß man bis zu den Eltern des Großonkels aufsteigen und demgemäß, wenn man die Zählung mit dem Großonkel beginnt, beide Verwandte der zweiten, wenn man die Zählung mit dem Großneffen beginnt, beide der vierten Ordnung zuteilen.

12) Das jüdische Privileg eines höheren Zinssatzes ist in Preußen aufgehoben durch Dekl. v. 20. 4. 1813.

1) RGB. 1589. 2) RGB. 1924 ff.

b) Doch ist diese Rechnung oft nicht genau genug; denn, von dem Großonkel begonnen, gehört nicht bloß sein Großneffe, sondern auch sein Bruder, sein Neffe und sein Urgroßneffe gleichmäßig der zweiten Ordnung an. Will man also genauer rechnen, so muß man die Grade d. h. die Geburten zählen, welche die Verwandtschaft jeder der Personen mit dem Vorfahren, der an der Spitze der Ordnung steht, vermittelt. [3]) Alsdann ergiebt sich, daß jener Großonkel mit seinem Bruder im zweiten, mit dem Neffen im dritten, mit dem Großneffen im vierten Grade verwandt ist.

Im folgenden Beispiel sind, von E. aus gerechnet, die „Ordnungen" mit römischen, die „Grade" mit deutschen Zahlen bezeichnet:



Über abweichende Zählungen siehe unten im Ehe- und im Erbrecht.

4. Eheliche Verwandtschaft liegt vor, wenn zwei Personen durch lauter eheliche Geburten miteinander verwandt sind.

a) Als ehelich geboren gilt jedes Kind, welches von einer verheirateten Frau geboren wird; so auch dann, wenn das Kind vor Eingehung der Ehe empfangen ist [4]); daß der Ehemann das Kind besonders anerkennt, wie dies für den letzteren Fall das gemeine Recht fordert, ist nicht nötig. [5]). Als Vater des Kindes gilt der Ehemann der Mutter. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit irgend einmal beigewohnt hat; doch braucht die Beiwohnung nur für die Zeit vor der Eheschließung bewiesen zu werden; [6]) für die Zeit nach der Eheschließung wird sie dagegen vermutet. Außerdem darf es nach den Umständen nicht offenbar unmöglich sein, daß die Frau das Kind von ihrem Ehemann empfangen hat. — Als Empfängniszeit gilt der 302. bis 181. Tag vor der Geburt des Kindes. [7])

Unerheblich ist es, ob die Mutter in der Empfängniszeit noch mit anderen Männern außer ihrem Ehemanne Umgang gehabt hat; selbst wenn das Kind einem dieser Männer ähnlich ist, bleibt es dabei, daß nicht dieser Mann, sondern der Ehemann als sein Vater gilt. Unerheblich ist es auch, daß die Vaterschaft des Ehemanns etwa wegen seiner Kränklichkeit oder seines hohen Alters sehr

---

3) RGB. 1589. 4) RGB. 1591. Ebenso Pr. LR. II, 2 § 1.
5) Regelsberger 1 S. 278.
6) RGB. 1591. Ebenso Pr. LR. II, 2 § 2 („ehelich" beigewohnt).
7) RGB. 1592 (Pr. LR. II, 2 § 2: 302.—210. Tag. Gemeines Recht: 300.—182. Tag).

unwahrscheinlich ist. Nur wenn der Ehemann unmöglich der Vater sein kann, etwa weil er geradezu zeugungsunfähig ist oder weil das Kind einer anderen Rasse angehört oder weil er der Mutter erweislich nur zu einer Zeit beigewohnt hat, in welcher das Kind seiner körperlichen Reife nach nicht empfangen sein kann, wird die Regel unanwendbar. — Wenn der Ehemann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben, so wird, soweit die Empfängniszeit in die Zeit vor der Ehe fällt, die Vermutung, daß er der Mutter beigewohnt hat, auch auf diese Zeit erstreckt (RGB. 1591).

b) Als ehelich gilt auch ein Kind, welches binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren wird. Als Vater gilt der frühere Ehemann. Im übrigen gelten die Regeln zu a auch in diesem Falle.[8]) Über den Fall, daß eine zum zweiten Mal verheiratete Frau ein Kind vor Ablauf von 302 Tagen nach Auflösung der ersten Ehe gebiert, siehe RGB. 1600. — Darüber, daß auch der Beweis einer Empfängniszeit von mehr als 302 Tagen gestattet ist, siehe RGB. 1592, Abs. 2.

c) Der Ehemann kann die Ehelichkeit eines Kindes, welches seine Ehefrau während der Ehe oder binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe gebiert, anfechten. Er verliert das Anfechtungsrecht, wenn er es nicht binnen eines Jahres, nachdem er die Geburt des Kindes erfahren hat, ausübt oder wenn er das Kind nach der Geburt als ehelich anerkennt;[9]) doch kann er auch letzteres Anerkenntnis wieder anfechten, z. B. wegen Betruges.[10]) Solange das Kind lebt, muß er die Anfechtung im Wege einer Klage gegen das Kind geltend machen; ist das Kind gestorben, so genügt eine einseitige dem Nachlaßgericht eingereichte Anfechtungserklärung.[11])

d) Hat der Ehemann die Anfechtungsklage erfolgreich durchgeführt, so ist damit die Unehelichkeit des Kindes endgültig dargethan, und auch jeder Dritte kann sich darauf ohne weiteres berufen. Umgekehrt: hat der Ehemann die Anfechtungsfrist verstreichen lassen oder hat er das Kind anerkannt, so ist die Ehelichkeit des Kindes endgültig dargethan, und kein Dritter darf sie bemängeln.[12]) Endlich: ist der Ehemann vor Ablauf der Anfechtungsfrist gestorben, ohne das Kind ausdrücklich anerkannt zu haben oder hat er die Anfechtung durch einseitige Erklärung beim Nachlaßgericht ausgesprochen, so ist die Ehelichkeit des Kindes unentschieden, jeder Dritte kann sie also bemängeln,[13]) muß aber dann den Beweis der Unehelichkeit führen.

e) Die Regeln zu c und d setzen ein wirklich in der Ehe geborenes Kind voraus. Dagegen haben sie keine Geltung für den Fall, daß das Kind in Wahrheit untergeschoben oder vor Abschluß der Ehe geboren ist. Eine besondere einjährig befristete Anfechtung durch den Vater findet hier nicht statt, sondern der Beweis kann von jedem Dritten jederzeit geführt werden.

---

8) RGB. 1591, 1592. 9) RGB. 1593, 1594, 1598. 10) RGB. 1599.
11) RGB. 1596, 1597. Über den Fall, daß der Ehemann geschäftsunfähig ist, s. RGB. 1595. 12) RGB. 1593, 1594, 1598. 13) RGB. 1593.

5. Eine uneheliche Verwandtschaft liegt vor, wenn auch nur eine der Geburten, auf welchen die Verwandtschaft beruht, unehelich ist.

a) Unehelich ist jedes Kind, welches nicht nach den Regeln zu 4 als ehelich gilt.

b) Die Verwandtschaft des unehelichen Kindes und seiner Nachkommen mit seinem Vater und dessen Verwandten wird nur als Ehehindernis berücksichtigt. Im übrigen, also namentlich bei erbrechtlichen Fragen, gilt das uneheliche Kind und seine Nachkommenschaft mit dem Vater und dessen Verwandtschaft als nicht verwandt. Dagegen ist das uneheliche Kind mit seiner Mutter und deren Verwandten so gut verwandt, wie ein eheliches.[14])

c) Uneheliche Kinder, die für ehelich erklärt sind, und Kinder aus ungültigen Ehen stehen den ehelichen Kindern gleich;[15]) näheres siehe im Familienrecht.

6. Vollbürtig verwandt sind eheliche Geschwister und deren Nachkommen, wenn sie beide Eltern gemeinsam haben; wenn sie nur den Vater oder nur die Mutter gemeinsam haben, sind sie halbbürtig. Uneheliche Geschwister und deren Nachkommen sind, da ja ihre Verwandtschaft mit dem Vater grundsätzlich unberücksichtigt bleibt, immer nur halbbürtig verwandt.

7. Eigentümlich ausgezeichnet ist sowohl im älteren als, wenigstens mit Bezug auf Lehen, Familienfideikommisse, Stammgüter u. s. w., auch im neueren Recht die Verwandtschaft, welche zwischen Männern durch Männer vermittelt wird, — wobei von einer unehelichen Verwandtschaft, weil allein durch die Mutter vermittelt, nie die Rede sein kann. Männer, die durch Männer verwandt sind, heißen Schwertmagen oder Agnaten, alle anderen Verwandten, also 1. alle Männer, die miteinander durch Frauen verwandt sind, und 2. alle Frauen heißen Spindel- oder Kunkelmagen oder Kognaten. — Daß die Römer unter Agnaten und Kognaten etwas ganz anderes verstanden haben, interessiert für das deutsche Recht nicht.

II. 1. Eine Verschwägerung besteht zwischen einem Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten. Die Linie und der Grad der Schwägerschaft bestimmen sich nach der Linie und dem Grade der sie vermittelnden Verwandtschaft; sonach ist z. B. der Ehemann mit den Kindern seiner Frau aus früherer Ehe in gerader Linie und zwar im ersten Grade, dagegen mit den Brüdern seiner Frau in der Seitenlinie und zwar im zweitem Grade verschwägert. Die Schwägerschaft dauert fort, auch wenn die Ehe, durch die sie begründet wurde, aufgelöst ist;[16]) der Ehemann bleibt also z. B. Stiefvater seiner Stiefkinder, auch wenn seine Frau, die rechte Mutter der Kinder, gestorben oder von ihm geschieden ist. Dagegen kann die Schwägerschaft nach Auflösung der Ehe nicht mehr neu begründet werden; wenn z. B.

14) RGB. 1310 Abs. 3, 1589 Abs. 2.

15) RGB. 1699, 1736. 16) RGB. 1590.

eine geschiedene Ehefrau sich wieder verheiratet und aus beiden Ehen Kinder hat, so ist der zweite Ehemann als Stiefvater mit den Kindern erster, nicht aber der erste Ehemann mit den Kindern zweiter Ehe verschwägert.

2. Eine Art Schwägerschaft kann auch durch außereheliche Geschlechtsverkehr begründet werden; siehe darüber im Eherecht.

Zusatz. I. Ob ein Kind ehelich ist, wird nach der Staatszugehörigkeit des Ehemannes der Mutter zur Zeit der Geburt (oder, falls der Ehemann vor der Geburt verstorben, nach seiner letzten Staatszugehörigkeit) beurteilt (EG. 18, 20).

II. Ob ein Kind ehelich geboren, wird, wenn die Geburt seit 1. Jan. 1900 erfolgt ist, nach neuem Recht beurteilt, mag auch die Empfängniszeit ganz oder teilweise in das Jahr 1899 fallen. Denn es handelt sich um eine Beweisfrage; und für diese gilt, wie bereits in Zusatz II. S. 68 bemerkt wurde, neues Recht, wenn auch die zu beweisende Thatsache zeitlich der Herrschaft des alten Rechts angehört. Beispiel: A. hat der B. zum ersten Mal in der Neujahrsnacht 1899/1900 vor 12 Uhr beigewohnt; er heiratet die B. im Februar 1900; am 3. Juli 1900 wird die B. von einem Kinde entbunden. Käme auf diesen Fall, weil die Beiwohnung noch 1899 erfolgt ist, preußisches Recht zur Anwendung, so wäre die Empfängniszeit vom 5. Dezember ab rückwärts zu rechnen[17]), das Kind wäre also unehelich. Nun kommt aber Reichsrecht zur Anwendung; die Empfängniszeit ist deshalb vom 3. Januar ab rückwärts zu rechnen; das Kind ist also ehelich.

4. Wohnsitz.

§ 27.

1. Der Wohnsitz eines Menschen ist der Ort, welcher den dauernden räumlichen Mittelpunkt seiner Lebensthätigkeit bildet.[1]) Es giebt Personen, die mehrere Wohnsitze haben, z. B. schlesische Großgrundbesitzer, die zugleich in Breslau und auf ihrem Landgut wohnen; ebenso giebt es Personen ohne allen Wohnsitz, z. B. Landstreicher.

2. a) Die Regel ist, daß jede Person ihren Wohnsitz sich frei wählt, nicht durch eine wörtliche Erklärung, sondern durch die Art ihrer thatsächlichen Lebensführung;[2]) bei einer Person, die geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig ist, muß die Zustimmung ihres Gewalthabers hinzutreten.[3]) Nicht nötig ist die Annahme einer selbständigen Wohnung; namentlich Junggesellen müssen oft ohne solche auskommen, ohne deshalb „wohnsitzlos" zu sein. Andrerseits ist auch die Annahme einer selbständigen Wohnung nicht genügend, dann nämlich, wenn sie erkennbar nur zu einem vorübergehenden Aufenthalt erfolgt.

Im Einzelfalle kann übrigens auch der Ort, an dem eine Person sich nur vorübergehend aufhält, als ihr „Wohnsitz" gelten; denn der „dauernde" Mittelpunkt ihres Lebens braucht noch nicht ein „immerwährender" Mittelpunkt zu sein: es kommt darauf an, ob sie an dem Orte während ihres

---

17) Siehe oben Anm. 7.

1) Gierke 1 § 57[7]. 2) RG. 15 S. 367. 3) RGB. 7, 8.

Aufenthalts erkennbar festen Fuß fassen oder nur „Passant“ sein will. — Der Wohnsitz braucht nicht der Ort zu sein, wo man sich die längste Zeit des Tages oder Jahres aufhält; ein verheirateter Geschäftsmann, der für seine Familie in Charlottenburg Wohnung genommen hat, wird regelmäßig dort auch für seine Person den Wohnsitz haben, wennschon er sich fast den ganzen Tag in seinem Berliner Geschäft aufhält oder fast das ganze Jahr hindurch „reist“.

b) In gleicher Art, wie der Wohnsitz begründet wird, wird er auch aufgegeben. Regelmäßig also dadurch, daß eine Person durch die That zu erkennen giebt, der bisherige Wohnsitz sei nicht mehr der ständige Mittelpunkt ihres Lebens. Nicht nötig ist, daß sie den Ort thatsächlich verläßt. Nicht nötig ist es ferner, daß sie einen neuen Wohnsitz nimmt; andrerseits ist auch die Annahme eines neuen Wohnsitzes nicht immer als Aufgabe des alten Wohnsitzes aufzufassen. Bei Personen, die geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind, ist Zustimmung des Gewalthabers nötig.

3. In wichtigen Fällen wird der Wohnsitz einer Person nicht durch freie Wahl, sondern durch Gesetz begründet und aufgehoben.[4])

a) Die Ehefrau teilt den Wohnsitz des Mannes; eheliche Kinder den des Vaters, uneheliche den der Mutter.

Ehefrau und eheliche Kinder erwerben also einen Wohnsitz, wenn der Ehemann ihn begründet, und sie verlieren ihn, wenn er ihn verliert. Daß die Ehefrau den Wohnsitz des Mannes teilt, ist zwingendes Recht. Nicht einmal, wenn der Mann ihr einen eignen Wohnsitz erlaubt, wird die Regel geändert; ebensowenig, wenn sie thatsächlich von ihrem Manne getrennt lebt. Nur wenn der Mann an einen ausländischen Ort geht, wohin die Frau ihm nicht zu folgen braucht und thatsächlich nicht folgt, kann die Frau selbständig einen Wohnsitz nehmen. — Daß die ehelichen Kinder den Wohnsitz des Vaters teilen, ist nicht zwingendes Recht; die Kinder können also einen selbständigen Wohnsitz gründen, und zwar nicht bloß in dem Ausnahmefall, in dem ihre Mutter dazu befugt ist, sondern auch im Regelfall; nur ist, solange sie minderjährig sind, die Zustimmung des Vaters nötig. Immerhin liegt auch bei Kindern darin, daß sie sich vom Vater thatsächlich trennen, noch nicht zugleich ein Verzicht auf den väterlichen Wohnsitz; Studenten und Referendare z. B. „wohnen“ regelmäßig noch beim Vater, obschon sie sich weit entfernt von ihm aufhalten; ihr väterlicher Wohnsitz dauert eben so lange fort, bis sie erkennbar den Entschluß fassen, ihn aufzugeben.[5]) — Entsprechendes gilt für uneheliche Kinder. — Stirbt der Ehemann, so kann die Frau seinen Wohnsitz nicht mehr „teilen“; sie verliert also ihren bisherigen Wohnsitz sofort und kann einen neuen Wohnsitz begründen; dagegen behalten die ehelichen Kinder den bisherigen väterlichen Wohnsitz solange bei, bis sie ihn durch selbständigen Entschluß aufgeben; sie folgen also jetzt nicht etwa von Rechtswegen der

4) RGB. 9—11. 5) RGB. 11.

Mutter. Das gleiche gilt, wenn der Ehemann wohnsitzlos oder wenn die Ehe geschieden wird.

b) Militärpersonen, die nicht bloß zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, haben den Wohnsitz am Garnisonsort, auch wenn sie thatsächlich anderswo wohnen. Dagegen kann bei sonstigen Beamten Amts- und Wohnsitz auseinanderfallen.

4. Der Wohnsitz ist privatrechtlich von großer Bedeutung; namentlich ist er oft für den Erfüllungsort der Verbindlichkeiten und damit auch für das örtlich anzuwendende Recht[6]) entscheidend.

Zusatz. I. Das deutsche Recht des Wohnsitzes ist nur auf deutsche Staatsangehörige anwendbar; für Ausländer gilt ihr Heimatsrecht.

II. Der Wohnsitz wird durch das jeweilig geltende Recht bestimmt; sofern also die Regeln des BGB.s den Wohnsitz anders bestimmen als das bisherige Recht, ändert sich der Wohnsitz in der Neujahrsnacht 1899/1900.

II. Die juristischen Personen.[1])

Einleitung.

§ 28.

1. Nicht bloß die Menschen werden vom Gesetz mit Rechten und Pflichten ausgestattet, sondern auch gewisse von den Menschen geschaffene Organisationen oder Anstalten, z. B. der Staat, die Körperschaften. Und zwar ist es die Anstalt als solche, welche das Gesetz mit Rechten begabt und mit Pflichten belastet, also nicht die Menschen, welche die Anstalt gegründet haben und verwalten oder deren Nutzen die Anstalt dient, sondern der Anstaltsorganismus, welcher alle diese Personen und die von ihnen getroffenen Einrichtungen in sich zusammenfaßt. Somit wird die Anstalt vom Gesetze als rechtsfähiges Individuum anerkannt. Und da man sich daran gewöhnt hat, jedes Individuum, welches Rechte haben kann, als „Person" zu bezeichnen, so wird auch,

6) Siehe oben S. 44[6], 45[8].

1) Hauptwerk Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887); von demselben Verfasser: Das deutsche Genossenschaftsrecht, 3 Bände (1868—81), Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe bei Bekker u. Fischer, Heft 18 (1889). Wichtig sind ferner folgende Abhandlungen: Puchta, Artikel Corporationen in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 3 (1840); Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843); Gerber, Ztsch. f. Civilrecht u. Prozeß, N. F. Bd. 12 S. 193 (1855); Unger, Münchner Krit. Überschau, Bd. 6 S. 147 (1858); Ders. in Iherings Jahrb. f. Dogm. 25 S. 239 (1887); Böhlau, Rechtssubjekt und Personenrolle (1871); Zitelmann, Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen (1873); Bolze, Begriff der juristischen Personen (1879); Laband, Ztsch. für Handelsrecht, Bd. 30, S. 469 (1885); Hölder, Über das Wesen der juristischen Personen (1886); Rosin, Recht der öffentlichen Genossenschaft (1886); Karlowa in Grünhuts Ztsch., 15 S. 381 (1888); G. Rümelin, Methodisches über juristische Personen (Freiburger Univ.-Programm 1891); Ders., Zweckvermögen u. Genossenschaft (Freiburger Festschrift für Ihering, 1892); Bernatzik im Archiv f. öffentl. Recht, Bd. 5 S. 169 (1890).

wie bereits oben kurz erwähnt, eine derartige als rechtsfähig anerkannte Anstalt „Person" genannt und von der menschlichen („physischen") Person als „juristische Person" unterschieden. Doch darf man hieraus selbstverständlich keine Schlüsse auf ihr rechtliches Wesen ziehen. Namentlich darf man nicht annehmen, daß zwischen ihr und einer menschlichen Person eine weitgehende Analogie bestehe, und noch weniger, daß sie von der Rechtsordnung etwa als wirkliche menschliche Person fingiert würde. Die Rechtsordnung nimmt vielmehr die Anstalt einfach als das, was sie ist, nicht als Mensch, sondern als Schöpfung der Menschen.

2. Nur solche menschlichen Schöpfungen können mit Rechten und Pflichten, können mit „juristischer Persönlichkeit" ausgestattet werden, welchen kraft ihrer Organisation menschlicher Wille und menschliche Thatkraft dauernd zu Diensten steht und welche ebendadurch selber handlungsfähig sind. Denn ein handlungsunfähiges Ding könnte ja, falls das Gesetz launenhaft genug wäre, ihm Rechte und Pflichten beizulegen, mit diesen Rechten und Pflichten nichts anfangen: es wäre also verkehrt, etwa ein Haus zur juristischen Person zu machen. Nur die beseelten Schöpfungen der Menschen können „juristische Personen" sein.

3. Schon das älteste Recht hat eine große Zahl von Anstalten als rechtsfähig anerkannt. Freilich machte es dem juristischen Denken anfangs Mühe, die Anstalt scharf von den bei ihr beteiligten einzelnen Menschen abzusondern; es war ihm nicht leicht festzustellen, daß wirklich nicht diese einzelnen Menschen Träger der Rechte und Pflichten seien, sondern die Anstalt als Ganzes. Man griff deshalb, um die Anstalt zu personifizieren, gern halb unbewußt zu einer Fiktion und betrachtete z. B. als Eigentümer des Klostergutes nicht das Kloster selbst, sondern die fingierte Person des Heiligen, welchem das Kloster unterstellt war. Seit der Einführung des römischen Rechtes ist die Fiktion zur Erklärung der juristischen Persönlichkeit sogar ganz allgemein und mit vollem Bewußtsein angewendet worden, indem die juristischen Personen schlechtweg als personae fictae bezeichnet wurden. Erst in neuester Zeit hat man — dank der von Beseler begründeten, von Gierke neubelebten Genossenschaftstheorie — die Anwendung von Fiktionen als unnötig erkannt.

4. Es giebt zahlreiche Arten von juristischen Personen. Wir unterscheiden hier zunächst juristische Personen des Privatrechts und solche des öffentlichen Rechts. Unter den juristischen Personen des Privatrechts unterscheiden wir wieder Körperschaften (Korporationen) und Stiftungen. Für die Körperschaft ist charakteristisch, daß sie ein Organ besitzen muß, welches ihr Rechtsleben beherrscht. Für die Stiftung ist charakteristisch, daß sie keine herrschenden, sondern nur dienende Organe hat. Außerdem muß bei der Körperschaft das herrschende Organ — wenigstens seiner Anlage nach [2]) —

---

2) Siehe unten § 35[6].

aus einer Mehrzahl von Personen bestehen, während für die Stiftung als Organ von vornherein auch eine einzelne Person vorgesehen sein kann.

Der Unterschied zwischen Körperschaft und Stiftung ist flüssig: denn bei einzelnen Körperschaften kann das „herrschende" Organ höchst gebunden sein; umgekehrt kann bei einzelnen Stiftungen das „dienende" Organ eine sehr freie Stellung einnehmen. Immerhin sind das Ausnahmen, die erst durch die besondere Satzung einer Körperschaft oder Stiftung eingeführt werden. Sobald die Satzung solche ausnahmsweisen Bestimmungen nicht enthält, wird sich dagegen der charakteristische Unterschied von Körperschaft und Stiftung leicht feststellen lassen. Wichtig ist vor allem, daß bei der Körperschaft die „Satzung" durch das herrschende Organ im Zweifel abgeändert werden darf, während das dienende Organ der Stiftung dieses Recht im Zweifel entbehrt; ferner daß im Zweifel die Personen, welche das herrschende Organ bilden, unabsetzbar, die, welche das dienende Organ bilden, absetzbar sind u. s. w. — Am deutlichsten wird man sich die Schwierigkeit der Unterscheidung machen, wenn man eine Körperschaft und eine Stiftung nebeneinanderstellt, welche sich sehr ähnlich sind; beide verfolgen z. B. den Zweck, die Zinsen ihrer Kapitalien zur Unterstützung wissenschaftlicher Arbeit zu verwenden und bei beiden liegt die oberste Leitung des Unternehmens bei einem Kollegium, welches sich durch Kooptation ergänzt; dann ist eben das einzige unterscheidende Kriterium, welches übrig bleibt, dieses: das Kollegium, welches das Körperschaftsunternehmen verwaltet „herrscht", das Kollegium, welches das Stiftungsunternehmen verwaltet, „dient". Praktisch wichtig ist die Unterscheidung namentlich deshalb, weil für die Stiftung immer eine Konzession nötig ist, für die Körperschaft nicht immer.

5. Über den Begriff der juristischen Person giebt es zahllose Theorieen. Im folgenden seien diejenigen genannt, die am meisten Anhänger gefunden haben. I. Die Fiktionstheorie, welche früher bei den Romanisten die unbedingt herrschende war und auch von einzelnen Germanisten, z. B. Gerber, vertreten wurde. Sie macht der juristischen Person als solcher die Realität streitig und führt sie lediglich auf eine gesetzliche Fiktion zurück. Ich entgegne: 1) Daß die Anstalten rein thatsächlich Realitäten, also keine Fiktionen oder Abstraktionen sind, kann man ernstlich nicht bestreiten. Mit dem gleichen Rechte könnte man die Realität des Einzelmenschen, die Identität des Menschen von heute mit dem Menschen von gestern in Frage ziehen. Der Jurist hat von dieser Art skeptischer Kritik keinen Vorteil zu erwarten. 2) So bleibt nur die Frage übrig, ob etwa der Jurist den an sich realen Anstalten, um sie zu juristischen Personen, zu Trägern von Rechten und Pflichten zu machen, irgend eine Eigenschaft andichten muß, die sie in Wahrheit nicht besitzen. Auch diese Frage ist zu verneinen. Daß man sie je bejaht hat, war die Folge des Satzes, daß Träger von Rechten und Pflichten eigentlich nur der Mensch sein könne, und deshalb den Anstalten, um ihnen Rechte und Pflichten zu verleihen, menschliche Eigenschaften fiktiv beigelegt werden müßten. Aber wie kommt man zu diesem

Satze? Etwa, weil nur der Mensch kraft seiner Willens- und Handlungsfähigkeit mit Rechten und Pflichten etwas beginnen kann? Nun, selbst zugegeben, daß die Anstalten willens- und handlungsfähig seien — siehe darüber unten —, jedenfalls sind sie in dieser Beziehung nicht schlimmer daran, als Kinder und Geisteskranke; und sind etwa die Kinder — Fiktionen? Oder beruht der Satz, daß eigentlich nur der Mensch Träger von Rechten sein könne, darauf, daß alles Recht nur dem Menschen zu Nutz sein soll? Dann ist zu erwidern, daß es ein allbekanntes Mittel juristischer Technik ist, den Träger eines Rechts als bloßen Fiduziar von dem, welcher den Genuß des Rechts haben soll, zu unterscheiden [3]); man mag vielleicht die Einsetzung solcher Fiduziare als Künstelei anfechten, aber daß der Fiduziar bloß fingiert werde, hat man doch noch nicht behauptet. II. Die Genossenschaftstheorie, von Beseler begründet, jetzt namentlich von Gierke, Rosin und Regelsberger vertreten. Sie hat vielfach geschwankt, namentlich insoweit, als sie früher für eine Mittelform zwischen juristischer Person und Sozietät eingetreten war, welche sie mit dem Namen „deutschrechtliche Genossenschaft" belegt hatte. Jetzt hat Gierke diese Mittelform fallen gelassen und versteht unter der Genossenschaft einfach eine echte juristische Person. „Den Kern der Genossenschaftstheorie bildet die von ihr dem Phantom der persona ficta entgegengestellte Auffassung der Körperschaft als realer Gesamtperson [4])"; diese Gesamtperson hat ein Gemeinbewußtsein, einen Gemeinwillen; es „besteht eine Organisation, vermöge deren menschliche Kräfte dauernd in den Dienst eines sozialen Zwecks gestellt sind; vereint bringen sie Willensäußerungen und Wirkungen hervor; dafür bilden die Individualwillen der am Webstuhl der Organisation sitzenden Menschen nur Elemente". [5]) Ich glaube, daß meine oben im Text dargelegte Auffassung sich von der Genossenschaftstheorie mehr im Ausdruck unterscheidet, als in der Sache; es scheint mir aber nicht ersprießlich, die Analogie zwischen physischer und juristischer Person so scharf zu betonen, wie dies Gierke thut; denn man kommt zu den von Gierke festgestellten Ergebnissen auch ohne jene Analogie; juristisch ist sie also unerheblich; um der Mißverständnisse willen, die sie bei Freund und Feind hervorrufen kann, läßt man sie besser ganz auf sich beruhen. III. Die Theorie von Brinz erklärt das Vermögen der juristischen Person für subjektlos; lediglich, um einem bestimmten Zwecke zu dienen, werde das Vermögen vom Gesetz in gleicher Art zusammengehalten, wie wenn es einem bestimmten Subjekt gehöre: es sei ein „Zweckvermögen". Diese Ansicht sieht gewaltsam darüber hinweg, daß ein Subjekt des Zweckvermögens in Wahrheit vorhanden ist, nämlich die organisierte Anstalt; es fehlt jeder Grund, die Anstalt nicht als Subjekt des Vermögens anzuerkennen; mit dem gleichen Rechte könnte man auch sagen, das

---

3) Regelsberger 1 S. 299, s. auch oben S. 57.
4) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 5.
5) Regelsberger 1 S. 293.

Vermögen des physischen Menschen sei herrenlos und werde nur durch den Zweck zusammengehalten, welchem dieser Mensch auf Erden dient.

Zusatz. I. Das deutsche Recht gilt für alle juristischen Personen, die in Deutschland ihren Sitz haben oder denen durch den Bundesrat die juristische Persönlichkeit besonders verliehen ist. Für alle anderen juristischen Personen gilt das Recht des Orts, an dem sie ihren Sitz haben. Doch gilt diese Regel in voller Reinheit nur für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, für privatrechtliche Körperschaften besonderen Rechts (z. B. Aktiengesellschaften[6]) und für Stiftungen; hingegen gelten privatrechtliche Körperschaften des gemeinen Rechts (genauer Vereine, die, wenn sie in Deutschland ihren Sitz hätten, unter unser jetziges gemeines Recht fallen würden z. B. gemeinnützige politische Vereine), bei uns nur dann als rechtsfähig, wenn sie nicht bloß nach ihrem Heimatsrechte rechtsfähig, sondern auch in Deutschland vom Bundesrat ausdrücklich anerkannt sind (EG. 10).

II. Das RGB. gilt sofort für alle juristischen Personen, mögen sie auch vor 1900 entstanden sein; ihre Organisation, die Rechte ihrer Mitglieder, die Möglichkeit ihrer Auflösung bestimmt sich also nach neuem Recht (EG. 163). Nur die Frage, ob eine juristische Person vor 1900 gültig entstanden d. h. rechtsfähig geworden ist, wird nach wie vor aus dem älteren Rechte beantwortet. — Auf Realgemeinden, landschaftliche und ritterschaftliche Kreditanstalten, sowie auf die bayrischen und sächsischen anerkannten oder eingetragenen Vereine, soweit sie vor 1900 entstanden sind, findet das RGB. überhaupt keine Anwendung (EG. 164, 167, 165, 166).

1. Die privatrechtlichen Körperschaften.

a) Arten der Körperschaften.

§ 29.

1. Das Reichsgesetzbuch läßt für alle Körperschaften, welche durch besondere Reichsgesetze geregelt sind, die Bestimmungen dieser Reichsgesetze in Geltung; ebenso behält es einige Körperschaften dem Landesrecht vor, sodaß für sie die landesrechtlichen Regeln in Geltung bleiben und sogar neue landesrechtliche Regeln erlassen werden können. Auf diese Körperschaften ist nun das Reichsgesetzbuch nicht etwa ganz unanwendbar; doch haben die Bestimmungen der besonderen Reichs- und der Landesgesetze den Vorrang, und das Reichsgesetzbuch kommt bloß ergänzend zur Anwendung. Hiernach unterscheiden wir:

a) Körperschaften des gemeinen Rechts, welche ausschließlich den Regeln des Reichsgesetzbuchs unterstellt sind. Hierher gehören nur die nicht wirtschaftlichen Vereine und auch diese nicht alle.

Nicht hergehörig sind z. B. solche Vereine, welche, obschon sie nicht wirtschaftlich sind, dennoch in der Form der handelsrechtlichen Aktiengesellschaft auftreten, ferner in Preußen die Religionsgesellschaften; jene gehören zur Gruppe b α, diese, weil sie konzessionspflichtig[1]), zur Gruppe b β.

b) Körperschaften besonderen Rechts, für welche das Reichsgesetzbuch nur ergänzend gilt. Diese sind wieder:

α) Körperschaften besonderen Reichsrechts.[2]) Hierher gehören namentlich

6) RG. 6 S. 134.

1) EG. 84. 2) EG. 32; RGB. 22.

die Aktiengesellschaften, die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die freien Hilfskassen, die Kolonialgesellschaften.

β) Körperschaften besonderen Landesrechts. Hierher gehören alle konzessionierten Körperschaften (unten zu Nr. 3 b), sowie die Berg-, Jagd-, Fischerei-, Wasser-, Waldgenossenschaften [3]) u. s. w.

Im folgenden wird von den reichs- oder landesrechtlichen Abweichungen, welche für die Körperschaften besonderen Rechts gelten, nur ausnahmsweise die Rede sein, um die Übersichtlichkeit der Darstellung nicht zu stören. Es ist deshalb bei allen demnächst vorzutragenden Regeln stets der Vorbehalt zu unterstellen: sie gelten bei den Körperschaften besonderen Rechts nur, wenn für diese nicht reichs- oder landesrechtlich etwas Abweichendes bestimmt ist.

2. a) Wirtschaftliche Körperschaften, welche auf einen kaufmännischen, landwirtschaftlichen, bergbaulichen u. dgl. Geschäftsbetrieb gerichtet sind.

b) Nichtwirtschaftliche Körperschaften, welche auf einen derartigen Geschäftsbetrieb nicht gerichtet sind, z. B. wohlthätige, wissenschaftliche und sonst gemeinnützige, ferner politische und religiöse, endlich gesellige Vereine.

3. a) Eingetragene Körperschaften, welche ihre Rechtspersönlichkeit nach den Regeln des Reichsgesetzbuchs durch Eintragung im Vereinsregister erworben haben.

b) Konzessionierte Körperschaften, welche ihre Rechtspersönlichkeit einer besonderen staatlichen Verleihung verdanken.

c) Körperschaften, welche ihre Rechtspersönlichkeit in anderer Art erworben haben; hierher können auch eingetragene Vereine gehören, sofern nur ihre Eintragung von anderer Art ist als im Reichsgesetzbuch vorgeschrieben, z. B. die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nach dem Reichsgesetze vom 1. Mai 1889.

b) Entstehung der Körperschaften. [1])

§ 30.

1. Die Begründung einer Körperschaft beginnt mit der Begründung eines Vereins. Der Verein als solcher ist aber noch nicht Körperschaft, noch nicht juristische Person; die juristische Persönlichkeit (Körperschafts- oder Korporationsrecht) muß ihm vielmehr erst durch das Gesetz verliehen werden; die Körperschaft als solche wird also erst durch das Gesetz geschaffen. Aber das Gesetz schafft sie nicht etwa aus dem Nichts, sondern findet den Verein als eine Realität, als eine von den Menschen frei ins Leben gerufene Organisation

3) EG. 82, 67, 69, 65, 83.

1) Rosin, Gierke, Leonhard, Verhandl. des 19. u. 23. deutschen Juristentages.

bereits vor und begnügt sich damit, diese Realität auch juristisch — eben durch Verleihung der Körperschaftsrechte — als eine Einheit, als eine juristische Person anzuerkennen; ganz ebenso, wie auch der einzelne Mensch sein physisches Dasein unabhängig von der Rechtsordnung erwirbt, aber die Rechtsfähigkeit, also die rechtliche Persönlichkeit erst dem Gesetze verdankt.

2. a) Das Gesetz kann das Anerkenntnis der Vereine als juristischer Personen in der allgemeinsten Art aussprechen, in gleicher Art, wie es die Rechtsfähigkeit aller Menschen ausgesprochen hat (System der freien Körperschaftsbildung). Auf diesen Standpunkt hat sich das ältere Recht gestellt: jeder Verein, der sich erkennbar die rechtliche Individualität beilegt, hat damit durch diese seine freie That die Körperschaftsrechte erlangt. Das neuere Recht hat diesen Standpunkt nur [2]) noch im Bergrecht gewahrt: wenn sich mehrere Personen zu einem gemeinsamen Bergwerksbetrieb zusammenthun, so bilden sie ohne weiteres eine mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Gewerkschaft, es sei denn, daß sie ihrem Willen, eine Gewerkschaft nicht zu bilden, in ordnungsmäßiger Form besonderen Ausdruck geben. [3])

b) Seit Aufnahme des römischen Rechts ist ein anderes System aufgekommen, welches dem System der freien Körperschaftsbildung schroff entgegengesetzt ist, das Konzessionssystem. Nach diesem System muß nämlich jeder Verein, der Körperschaftsrechte erlangen will, eine besondere Konzession der Verwaltungsbehörde erwirken, sodaß also die Verwaltungsbehörde von Fall zu Fall nach freiem Ermessen darüber entscheidet, ob ein Verein juristische Persönlichkeit erlangen soll oder nicht. Das Konzessionssystem hat den großen Vorzug, daß es die Frage, ob ein bestimmter Verein Körperschaftsrechte hat oder nicht, stets in unzweideutiger Weise entscheidet, während bei dem System der freien Körperschaftsbildung diese Frage oft zweifelhaft sein wird. Außerdem giebt das Konzessionssystem der Regierung das Recht, die Vereine zu bevormunden, da sie ihnen ja bei der Konzessionierung alle möglichen Bedingungen und Beschränkungen auferlegen kann; und die meisten Regierungen haben auf dieses Recht großen Wert gelegt. So erklärt es sich, daß das Konzessionssystem in Deutschland ziemlich allgemein zur Herrschaft kam. Namentlich im preußischen, gemeinen [4]) und französischen Recht galt es als Regel; auch die Reichsgesetzgebung hat sich bezüglich der Kolonialgesellschaften diesem System angeschlossen. [5])

Für gewisse Vereine ist die Verleihung der juristischen Persönlichkeit sogar durch Sondergesetz, also durch den Landesherrn unter Zustimmung des Land-

2) Abw. Gierke, Genoss. Theorie S. 77; Regelsberger, 1 S. 312, welche die freie Körperschaftsbildung noch jetzt für gemeines deutsches Recht erklären.

3) Siehe unten im Bergrecht (Bd. 3).

4) Abw. Gierke und Regelsberger (oben Anm. 2).

5) RGes. v. 15. 3. 88 § 8.

tages vorgeschrieben. So in Preußen für Religionsgesellschaften (Preuß. Verf. 13).

c) Das Konzessionssystem hat aber den Mangel, daß es die Vereine, welche Körperschaftsrechte erlangen wollen, in die Willkür der Regierung giebt und die Verwaltungsbehörden zu einem Übermaß in ihrer Bevormundung verleitet. Diesem Mangel sucht das System der Normativbestimmungen abzuhelfen. Dies System giebt zwar die Bevormundung der Vereine nicht ganz auf, aber beschränkt sie auf ein enges Maß, indem es die Bedingungen, denen ein Verein beim Erwerbe des Körperschaftsrechts sich unterwerfen muß, ein für alle Mal gesetzlich festlegt; und da jeder Verein, der sich diesen Bedingungen unterwirft, Körperschaftsrecht erlangt, ist damit dem Verein ein festes, von jeder Willkür der Behörden unabhängiges Recht auf den Erwerb der juristischen Persönlichkeit zuerkannt. Dies System ist von der Reichsgesetzgebung für gewisse wirtschaftliche Vereine (zuerst 1868 für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 1870 für die Aktienvereine u. s. w.), dann aber besonders von der sächsischen Gesetzgebung für alle Vereine, die sich weder mit wirtschaftlichen noch mit öffentlichen Angelegenheiten befassen, angenommen worden; auch die preußische Gesetzgebung folgt diesem System bei den Wassergenossenschaften [6]); ebenso folgt das bayr. Ges. v. 29. 4. 69 diesem System, behält jedoch bei allen Körperschaften, für deren Gründung nach bisherigem Recht Staatsgenehmigung nötig war, dies Erfordernis bei.

3. Das Reichsgesetzbuch schließt sich keinem der soeben geschilderten Systeme ausschließlich an, sondern unterscheidet:

a) Für wirtschaftliche Vereine soll das reine Konzessionssystem gelten. [7]) Die Konzession wird nur auf Antrag des Vereins erteilt. Zuständig ist der Bundesstaat, in dem der Verein seinen Sitz hat; bei Vereinen, die außerhalb Deutschlands ihren Sitz haben, z. B. in einer deutschen Kolonie, ist der Bundesrat zuständig. Die Erteilung der Konzession hängt vom freien Ermessen der zuständigen Behörde ab und kann deshalb unter beliebigen Bedingungen erteilt werden: so kann z. B. der Verein einer fortlaufenden polizeilichen Aufsicht unterworfen werden; nur dürfen die Bedingungen nicht den Reichsgesetzen widersprechen, also nicht etwa (entgegen RGB. 27) die völlige Unabsetzbarkeit des Vorstandes anordnen.

b) Für nicht wirtschaftliche Vereine, welche weder politische noch religiöse Zwecke verfolgen, soll ein reines System von Normativbestimmungen gelten. [8]) Jeder derartige Verein kann nämlich die Rechtspersönlichkeit erlangen, wenn er will, sobald er nur folgende einfache Bedingungen erfüllt: er muß mindestens 7 Mitglieder anwerben, einen ordnungsmäßigen Namen annehmen, eine schrift-

6) Sächs. Ges. v. 15. 6. 68. Preuß. Ges. v. 1. 4. 79.
7) RGB. 22, 23.
8) RGB. 21, 55—66, 79.

liche Satzung aufstellen, welche über seine Rechtsverhältnisse vollständig Auskunft giebt, einen Vorstand wählen und endlich bei dem Amtsgericht in dessen Bezirk er seinen Sitz hat, sich zur Eintragung im Vereinsregister anmelden. Ist dies alles geschehen, so muß das Amtsgericht den Verein in dem Vereinsregister eintragen; nur wenn eine der obengenannten Bedingungen nicht erfüllt, z. B. die Satzung unvollständig ist, darf und muß das Amtsgericht die Eintragung ablehnen. Außerdem ist auch die Verwaltungsbehörde befugt, Einspruch gegen die Eintragung zu erheben, weshalb das Amtsgericht ihr die Anmeldung jedes Vereins anzeigen und von da ab noch 6 Wochen mit der Eintragung warten muß; dieser Einspruch darf aber gleichfalls nur auf bestimmte gesetzliche Gründe, nämlich nur darauf gestützt werden, daß der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht des Landes unerlaubt ist oder verboten werden kann; ist der Einspruch erhoben, so prüft nicht etwa das Amtsgericht seine Berechtigung, sondern muß die Eintragung einfach unterlassen; die Beteiligten aber können den Einspruch im Verwaltungsstreitverfahren anfechten. — Ist die Eintragung erfolgt, so hat ebendamit der Verein das Körperschaftsrecht erlangt; er ist nunmehr juristische Person. Zugleich ist dies offenkundig zu machen, indem das Gericht die Eintragung in seiner Zeitung bekannt machen muß; übrigens ist für die Offenkundigkeit des Vereins auch dadurch gesorgt, daß das Vereinsregister und die vom Gericht in Abschrift aufzubewahrende Satzung von jedermann eingesehen werden kann.

Jede Satzung ist von mindestens 7 Mitgliedern zu unterzeichnen. Sie muß den Namen, den Zweck und den Sitz des Vereins angeben und auf die beabsichtigte Eintragung im Vereinsregister hinweisen; außerdem soll sie Bestimmungen enthalten: 1. über den Ein- und Austritt der Mitglieder, 2. darüber, ob Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind und welche, 3. über die Bildung des Vorstandes, 4. über die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist, über die Form der Berufung und die Beurkundung ihrer Beschlüsse; fehlt eine dieser Angaben, so soll das Amtsgericht die Eintragung des Vereins ablehnen; das gleiche ist der Fall, wenn eine der Angaben undeutlich ist; dagegen steht dem Amtsgericht darüber, ob die Bestimmungen der Satzung zweckmäßig sind, nicht das mindeste Urteil zu. Natürlich muß das Amtsgericht auch dann abweisen, wenn ein Verein, der satzungsmäßig wirtschaftliche Zwecke verfolgt, zur Eintragung angemeldet wird. — Daß der Einspruch der Verwaltungsbehörde im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden darf, bedeutet, daß ein unabhängiges Verwaltungsgericht in einem ordnungsmäßigen, dem Zivilprozeß nachgebildeten öffentlichen, mündlichen Verfahren darüber entscheidet. Die Einzelheiten werden durch das Landesrecht oder, wenn dieses das Verwaltungsstreitverfahren nicht kennt, durch Gew.Ordn. § 20, 21 bestimmt. — Auffallenderweise sagt weder das Reichsgesetzbuch noch die Gewerbeordnung etwas darüber, ob die Anfechtung nur darauf gestützt werden kann, daß der von der Verwaltungsbehörde erhobene Einspruch rechtsirrtümlich sei, oder auch darauf,

daß er auf unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen beruhe, oder endlich auch darauf, daß er unzweckmäßig sei. Mit Rücksicht auf die (freilich durch Ausnahmen vielfach durchbrochene, grundsätzlich aber von unseren Reichs- und Landesgesetzen immer noch festgehaltene) Natur des Verwaltungsstreitverfahrens ist diese Lücke dahin zu ergänzen, daß die Anfechtung nicht blos auf rechtliche, sondern auch auf thatsächliche Irrtümer der Behörde, die den Einspruch erhoben hat, gestützt werden darf, dagegen nicht auf bloße Zweckmäßigkeitserwägungen.[9])

Beispiel: in Elsaß-Lothringen wird ein Radfahrerverein zur Eintragung im Vereinsregister angemeldet; die Verwaltungsbehörde erhebt Einspruch, weil der Verein nur französisch-gesinnte Mitglieder aufnehme; der Einspruch wird angefochten 1. es sei ein Rechtsirrtum, daß ein Verein, der nur französisch-gesinnte Mitglieder aufnehme, nach dem öffentlichen Vereinsrecht der Reichslande verboten werden könne; 2. es sei thatsächlich nicht einmal wahr, daß der Verein nur französisch-gesinnte Mitglieder aufnehme; 3. wenn es auch wahr wäre, sei der Verein doch so harmlos und unpolitisch, daß man die politische Gesinnung seiner Mitglieder nicht zum Anlaß nehmen sollte, den Verein zu verbieten. Von diesen Anfechtungsgründen darf das Verwaltungsgericht nur den zu 1. und 2. prüfen.

c) Für Vereine, welche politische, sozialpolitische oder religiöse Zwecke verfolgen, wird ein verkapptes Konzessionssystem eingeführt.[10]) Es gilt nämlich zunächst genau das gleiche Eintragungsverfahren wie bei anderen wirtschaftlichen Vereinen; jedoch besteht der eine ausschlaggebende Unterschied, daß die Verwaltungsbehörde auch ohne besondere gesetzliche Gründe, lediglich nach freiem Ermessen, Einspruch gegen die Eintragung erheben kann. Diese Vereine erwerben also ihre Rechtspersönlichkeit zwar nicht durch eine Konzession, sondern durch die Eintragung; sie können aber durch willkürliche Nicht-Konzession (Einspruch) — gegen die aber die Anfechtung im Verwaltungsstreitverfahren zulässig ist — am Erwerbe der Rechtspersönlichkeit gehindert werden.

Ob ein zum Vereinsregister angemeldeter Verein politische oder religiöse Zwecke verfolgt, und ob also ein Einspruch wider die Eintragung nur aus gesetzlich bestimmten Gründen oder nach freiem Ermessen erhoben werden kann, bestimmt nicht das Amtsgericht, sondern die Verwaltungsbehörde. Somit kann letztere auch einen unpolitischen Verein um die Rechtspersönlichkeit bringen, auf dem Umwege, daß sie ihn für politisch erklärt, z. B. einen Verein, den ein paar Sozialdemokraten zu rein geselligen Zwecken errichten. Die letzte Entscheidung über die Frage liegt dann beim Verwaltungsgericht.

d) Zu diesen im Reichsgesetzbuch geregelten Vereinsarten kommt schließlich noch eine Unzahl von Vereinsarten besonderen Rechts[11]) für welche der Erwerb der Körperschaftsrechte durch Reichs- oder Landesgesetze abweichend geregelt ist. Hier ist bald das reine Konzessionssystem (z. B. für die Kolonialgesellschaften), bald das System freier Körperschaftsbildung (z. B. für die Gewerkschaften), bald

---

9) So habe ich mich schon früher entschieden (Gerber 17. Aufl. S. 69[8]). Ebenso Wilke in den Verh. des 23. Juristentages S. 57, Eck S. 12[2].

10) RGB. 21, 55 flg.

11) Siehe oben S. 93.

ein System von Normativbestimmungen (z. B. für die Aktiengesellschaften) vorgeschrieben.

4. Wird einem Verein die Bitte um die nach den Regeln zu 3 erforderliche Konzession oder Eintragung abgeschlagen, so folgt daraus noch nicht, daß er gänzlich nichtig oder unerlaubt sei, sondern nur, daß ihm die eigene Rechtspersönlichkeit fehlt.[12])

c) Organisation der Körperschaften.

§ 31.

In älterer Zeit hatte jede Körperschaftsart oder gar jede einzelne Körperschaft ihr besonderes Recht. Ein Schatz von allgemeinen Regeln hat sich erst im Laufe der Zeit gebildet; namentlich ist dies dem preußischen Landrecht zu danken; in jüngerer Zeit sind auch die für die Aktiengesellschaften erlassenen Organisationsbestimmungen auf andere Körperschaften ausgedehnt worden und haben dadurch allgemeine Bedeutung gewonnen. Das Reichsgesetzbuch hat jetzt die folgenden Bestimmungen aufgestellt.

I. Jede Körperschaft soll eine Satzung (Verfassung, Statut) haben. Form und Inhalt der Satzung wird bei konzessionierten Körperschaften von der konzessionierenden Behörde willkürlich vorgeschrieben, bei eingetragenen Körperschaften dagegen gesetzlich[1]) bestimmt.

II. Jede Körperschaft soll einen Namen haben. Bei eingetragenen Körperschaften[2]) soll der Name, ähnlich wie die kaufmännische Firma, schablonenhaft bestimmt sein, ferner den ausdrücklichen Zusatz „eingetragener Verein" erhalten und sich von den Namen der übrigen eingetragenen Körperschaften des gleichen Orts deutlich unterscheiden.

III. Jede Körperschaft hat einen Sitz.[3])

Die Satzung kann den Sitz ausdrücklich bestimmen, bei eingetragenen Körperschaften soll sie es thun. Schweigt die Satzung, so ist der Sitz da, wo die Verwaltung der Körperschaftsangelegenheiten geführt wird.

IV. Jede Körperschaft soll zwei Organe haben, die Mitgliederversammlung als herrschendes, den Vorstand als dienendes Organ. Beim Vorstande liegt die Vertretung der Körperschaft nach außen und die Führung der Geschäfte. Der Mitgliederversammlung ist dagegen nur die Entscheidung gewisser besonders wichtiger Fragen vorbehalten.

1. Mitgliederversammlung (Generalversammlung).

a) Sie hat nicht das Recht von selbst zusammenzutreten, sondern bedarf einer Einberufung seitens des Vorstandes. Die Einberufung muß so oft erfolgen, als das Interesse der Körperschaft sie fordert. Außerdem kann der zehnte

12) RGB. 54.
1) RGB. 25, 57—59; siehe oben S. 95 b.
2) RGB. 57, 65. 3) RGB. 24, 57.

Teil der Mitglieder unter Angabe von Zweck und Gründen die Einberufung jederzeit verlangen und, falls der Vorstand ablehnt, sich selber gerichtlich zur Einberufung ermächtigen lassen. Die Einberufung ist nur gültig, wenn sie an alle Mitglieder ergeht und den Gegenstand der Beschlußfassung angiebt.[4])

b) Zur Teilnahme ist jedes Mitglied berechtigt, und jedes Mitglied hat eine Stimme; nur „beteiligte" Mitglieder, d. h. solche, mit denen die Körperschaft ein Rechtsgeschäft abschließt oder einen Rechtsstreit führt, sind von der Abstimmung über Rechtsgeschäft und Rechtsstreit ausgeschlossen. Entscheidend ist regelmäßig die einfache Mehrheit der erschienenen Mitglieder; doch ist zur Abänderung der Satzung eine Mehrheit von Dreiviertel der erschienenen Mitglieder, zur Änderung des Zweckes der Körperschaft sogar Einstimmigkeit sämtlicher Mitglieder (auch der ausgebliebenen, die aber ihre Zustimmung schriftlich erklären dürfen) nötig; bei eingetragenen Körperschaften sind alle Satzungsänderungen nur wirksam, wenn sie im Vereinsregister eingetragen werden; bei konzessionierten Körperschaften dagegen ist die Zustimmung der konzessionierenden Staatsbehörde erforderlich.[5]) Auf die Stimmen der ausgebliebenen Mitglieder wird (außer bei Änderung des Zwecks der Körperschaft) keine Rücksicht genommen; daß ein ausgebliebenes Mitglied sich durch einen Bevollmächtigten vertreten läßt, ist nicht gestattet.[6]) Wie groß die Zahl der erschienenen Mitglieder, ist gleichgültig; kommt nur ein Mitglied, so ist also seine einzige Stimme entscheidend. — Mitglieder, die anwesend sind, aber sich der Abstimmung enthalten, werden nicht mitgezählt. — Bestimmte Formen, welche die Versammlung bei ihren Verhandlungen zu beobachten hat, schreibt das Gesetz nicht vor; doch soll bei eingetragenen Körperschaften die Satzung hierüber Regeln aufstellen, namentlich über die Art, wie die Beschlüsse der Versammlung beurkundet werden.[7]) — Stimmen die Mitglieder einem Beschlusse einstimmig schriftlich zu, so ist der Beschluß auch ohne eine förmliche „Versammlung" rechtsgültig.[8])

c) Der Mitgliederversammlung ist gesetzlich überwiesen: die Wahl und die Absetzung des Vorstandes und der Liquidatoren, die Änderung der Satzung, die Auflösung der Körperschaft und die Verfügung über das Körperschaftsvermögen im Falle der Auflösung.[9]) Außerdem kann aber die Mitgliederversammlung als das herrschende Organ auch alle anderen Geschäfte der Körperschaft an sich reißen, die übrigen Körperschaftsorgane — namentlich den Vorstand — beliebig mit bindenden Anweisungen versehen und auch im Namen der Körperschaft nach außen hin auftreten, z. B. Rechtsgeschäfte abschließen.

d) Die Beschlüsse der Mitgliederversammlung schaffen objektives Recht;

4) RGB. 36, 37, 32. 5) RGB. 32—34, 71.
6) RGB. 38. 7) RGB. 58.
8) RGB. 32. Anders bei der Aktiengesellschaft.
9) RGB. 27, 48, 33, 41, 45.

denn sie setzen die Regeln fest, auf Grund deren für die Mitglieder Rechte und Pflichten begründet werden, z. B. ein Recht auf Gewinn, eine Pflicht zu Nachschüssen. So sind sie ein wichtiges Beispiel der Autonomie.[10]) Doch haben sie nur eine engbegrenzte Wirksamkeit. Erstlich sind sie nur im Bereich des körperschaftlichen Lebens[11]) gültig, können also Rechte Dritter, die außerhalb der Körperschaft stehen, nicht berühren. Zweitens dürfen sie auch innerhalb des körperschaftlichen Lebens die Sonderrechte eines Mitgliedes nur mit dessen Zustimmung beeinträchtigen[12]) und nicht gegen zwingende Gesetzesbestimmungen verstoßen; so wäre z. B. der Beschluß, daß die Körperschaft ewige Dauer habe und niemals aufgelöst werden dürfe, unzulässig. Eine Schranke für die Beschlüsse der Mitgliederversammlung bildet drittens die Satzung der Körperschaft; doch ist diese Schranke übersteigbar; denn, wie bereits erwähnt, kann die Mitgliederversammlung jede ihren Beschlüssen entgegenstehende Regel der Satzung aufheben oder abändern.

e) Ein gesetz- oder satzungswidriger Beschluß der Mitgliederversammlung kann von jedem einzelnen Mitgliede angefochten werden. Macht ein Mitglied das Anfechtungsrecht durch Klage geltend und gewinnt es den Prozeß, so wirkt das Urteil nur zu seinen Gunsten, nicht auch zu Gunsten der übrigen Mitglieder.[13]) — Dagegen steht den Mitgliedern das Recht, einen Beschluß als unzweckmäßig oder schädlich anzufechten, nicht zu.[14])

2. Vorstand (Präsidium, Direktion).

a) Er kann aus einer Person oder aus mehreren bestehen. Seine Mitglieder brauchen nicht zugleich Mitglieder der Körperschaft zu sein. Sie werden von der Mitgliederversammlung bestellt, im Notfalle auf Antrag eines Beteiligten, z. B. eines Gläubigers, auch vom Amtsgericht. Sie können von der Mitgliederversammlung nach Willkür abgesetzt werden.[15])

b) Der Körperschaft gegenüber haben die Vorstandsmitglieder die Rechte und die Pflichten von Auftragnehmern. Ein Gehalt oder eine sonstige Vergütung beziehen sie je nach Abrede; im Falle willkürlicher Absetzung bleibt ihr Anrecht auf diese Vergütung in Kraft.[16]) — Den Körperschaftsgläubigern gegenüber haben die Vorstandsmitglieder keine Verpflichtungen; bei schlechter Verwaltung des Körperschaftsvermögens können sie also nur von der Körperschaft selbst verantwortlich gemacht werden, nicht aber von den um die Aussicht auf Befriedigung gebrachten Gläubigern; nur eine Ausnahme besteht: wenn die Körperschaft überschuldet ist und dennoch der Antrag auf Konkurseröffnung versäumt wird, sind die schuldigen Vorstandsmitglieder auch den Gläubigern haftbar und zwar samt und sonders.[17])

10) Gierke § 19[38]. Abw. Franken S. 48.
11) Gierke § 65[32]. 12) BGB. 35; s. unten S. 108—110.
13) Anders bei Aktiengesellschaften HGB. 222, 190a.
14) Anders bei Gewerkschaften: preuß. Berggesetz v. 24. 6. 65 § 115.
15) BGB. 26, 27, 29. 16) BGB. 27. 17) BGB. 42.

c) Die Vertretungsmacht des Vorstandes nach außen betrifft Rechtsgeschäfte und Prozesse aller Art,[18]) auch ungewöhnliche — sofern sie nur im Rahmen der Satzung liegen; sogar Schenkungen sind, falls letztere Voraussetzung zutrifft, nicht ausgeschlossen. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so steht die Vertretungsmacht ihnen allen gemeinsam zu (Samt- oder Kollektivvollmacht), so daß ein einzelnes Vorstandsmitglied im Namen der Körperschaft aufzutreten nicht befugt ist, es sei denn, daß die übrigen Vorstandsmitglieder ihm schriftlich zustimmen; doch gelten, wenn über eine Maßregel eine ordnungsmäßige Vorstandssitzung stattgefunden hat, die gleichen Regeln, wie bei einer ordnungsmäßigen Mitgliederversammlung, d. h. die einfache Mehrheit der in der Sitzung erschienenen Vorstandsmitglieder, soweit sie nicht persönlich „beteiligt" sind, kann die Maßregel rechtsgültig beschließen und ausführen; Willenserklärungen, die gegenüber der Körperschaft abzugeben sind, z. B. Kündigungen, können sogar an ein einzelnes Vorstandsmitglied gültig erfolgen.[19]) — Hat die Mitgliederversammlung dem Vorstande die Vornahme eines Rechtsgeschäfts nur unter Beschränkungen erlaubt (z. B. einen Ankauf nur unter Festsetzung eines höchsten Preises) oder ganz verboten, so ist der Vorstand zwar der Körperschaft gegenüber verpflichtet, dieser Weisung Folge zu leisten; nach außen hin ist er dagegen zur Vornahme des Rechtsgeschäfts ohne Rücksicht auf die Weisung befugt. Dem Dritten gegenüber ist das Geschäft also vollgültig; der Dritte hat alle Rechte und Pflichten aus dem Geschäft, selbst wenn er gewußt hat, daß dem Vorstande der Geschäftsabschluß in dieser Art verboten war. Aber die schuldigen Vorstandsmitglieder sind der Körperschaft zum Ersatz alles Schadens verpflichtet, und sie können, unter Verlust der Gehaltsansprüche, ihres Amts enthoben werden.

3. Die soeben entwickelten Regeln können für jede einzelne Körperschaft durch die Satzung, für jede einzelne Körperschaftsart durch Sondergesetz geändert werden.

a) Die Satzung[20]) kann bestimmen, daß in der Mitgliederversammlung nicht jedes Mitglied gleichmäßig eine Stimme hat, sondern das Stimmrecht nach den von den einzelnen Mitgliedern gezahlten Beiträgen abgestuft wird; ferner, daß Änderungen der Satzung nur einstimmig, oder umgekehrt, daß sie schon mit einfacher Mehrheit beschlossen werden können; ferner, daß ausgebliebene Mitglieder durch Bevollmächtigte vertreten werden dürfen u. s. w. Die Satzung kann weiter die Vertretungsmacht des Vorstandes beliebig beschränken, z. B. auf Geschäfte bis höchstens 100 Mark, was dann auch dritte Personen gegen sich gelten lassen müssen, mögen sie auch die Beschränkung nicht gekannt haben; ebenso kann sie verfügen, daß bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstande jedes Mitglied für sich allein die Vertretungs-

---

18) RGB. 26. 19) RGB. 28.
20) RGB. 25, 40.

macht hat, wie auch umgekehrt, daß unter Ausschluß der gesetzlich erlaubten Mehrheitsbeschlüsse die Vertretungsmacht nur allen Mitgliedern zusammen zukommt u. s. w. Die Satzung kann ferner das Verhältnis zwischen Mitgliederversammlung und Vorstand anders bestimmen, als das Gesetz; sie kann z. B. die Bestellung der Vorstandsmitglieder durch die Versammlung abschaffen und statt dessen ein Kooptationsrecht des Vorstands oder die Ernennung der Vorstandsmitglieder durch einen Aufsichtsrat oder die Regierung einführen; sie kann der Versammlung das Recht nehmen, den Vorstand willkürlich abzusetzen; sie kann den Vorstand von der Pflicht befreien, alle Weisungen der Versammlung als bindende Befehle zu betrachten u. s. w. Schließlich kann die Satzung neben Mitgliederversammlung und Vorstand noch andere Körperschaftsorgane stellen, z. B. einen Aufsichtsrat, der die Geschäftsführung des Vorstandes kontrolliert; diese Organe können auch mit einer Vertretung der Körperschaft nach außen betraut werden.[21])

Immerhin sind einige wichtige Regeln des Gesetzes zwingendes Recht und können durch die Satzung nicht geändert werden. 1. Die Mitgliederversammlung kann nicht ganz abgeschafft werden; mindestens muß ihr das Recht, die Vorstandsmitglieder aus wichtigen Gründen, z. B. wegen grober Pflichtverletzung oder dauernder Unfähigkeit abzusetzen, und das weitere Recht, die Körperschaft ganz aufzulösen, belassen werden;[22]) dadurch bewährt sie sich schließlich doch als das „herrschende" Organ, als die oberste Instanz der Körperschaft. 2. Ebenso darf umgekehrt der Vorstand nicht ganz beseitigt, und es muß ihm wenigstens ein Rest von Vertretungsmacht nach außen hin belassen werden.[23]) 3. Die Satzung darf sich selbst nicht für unabänderlich erklären, sondern mindestens der einstimmige Beschluß der Mitgliederversammlung oder eines anderen Körperschaftsorgans muß sie ändern können; denn andernfalls wäre gar keine „Körperschaft", sondern eine Stiftung vorhanden.[24])

Zwingend ist außerdem die Regel, daß „beteiligte" Mitglieder der Körperschaft und des Vorstandes nicht mit abstimmen dürfen, ferner, daß irgend ein Teil der Mitglieder (wenn auch nicht gerade, wie im Gesetz gesagt, $^1/_{10}$) die Einberufung der Mitgliederversammlung stets fordern kann, ferner, daß Erklärungen, die gegenüber der Körperschaft abzugeben sind, gültig an jedes einzelne Vorstandsmitglied abgegeben werden können, endlich, daß im Notfall das Gericht Vorstandsmitglieder zu ernennen hat.[25])

b) Gesetzliche Sonderbestimmungen hat — um hier andere Gesetze zu übergehen — das Reichsgesetzbuch selber getroffen, nämlich für eingetragene Körperschaften. Erstlich dadurch, daß es bei diesen Körperschaften über eine Reihe von Organisationsfragen ausdrückliche Bestimmungen in der Satzung fordert und damit die Körperschaft geradezu in Versuchung führt, allgemeine

---

21) RGB. 30. 22) RGB. 27, 41. 23) RGB. 26.
24) Siehe oben S. 91. 25) RGB. 25, 40.

gesetzliche Regeln satzungsmäßig zu ändern.[26]) Zweitens aber auch durch eigene positive, zwingende, also in der Satzung nicht abzuändernde Regeln, die mit der eigentümlichen Einrichtung des Vereinsregisters zusammenhängen und in ähnlicher Art bereits früher für die Handelsgesellschaften eingeführt waren. Es muß nämlich der Vorstand schon bei der ersten Eintragung der Körperschaft die Satzung sowie ein Verzeichnis seiner eigenen Mitglieder dem Gericht überreichen, demnächst jede Änderung der Satzung sowie jede Änderung der Vorstandsmitglieder dem Gerichte gleichfalls anmelden, schließlich auf Verlangen des Gerichts jederzeit ein vollständiges Verzeichnis aller Körperschaftsmitglieder einliefern. Die betreffenden Schriftstücke hebt das Gericht auf und gestattet jedermann die Einsicht darein; die Namen der Vorstandsmitglieder, jede Klausel der Satzung, welche die Vertretungsmacht des Vorstandes betrifft, und alle Satzungsänderungen werden außerdem im Vereinsregister selbst eingetragen.[27]) Die Beobachtung dieser Regeln wird vom Gesetz in folgender Art erzwungen. 1. Wird die erste Satzung und der erste Vorstand dem Gericht nicht angemeldet, so wird die Körperschaft überhaupt nicht eingetragen,[28]) erlangt also keine Rechtsfähigkeit. 2. Werden Änderungen der Satzung oder des Vorstandes nicht angemeldet oder das Mitgliederverzeichnis nicht eingereicht, so wird der Vorstand vom Gericht in Ordnungsstrafe genommen.[29]) 3. Für jede Änderung des Vorstandes sowie für jede in der Satzung enthaltene Klausel, welche die Vertretungsmacht des Vorstandes enger bestimmt oder bei Mehrheit der Vorstandsmitglieder die Beschlußfassung des Vorstandes anders regelt als das Gesetz, gilt qualifiziertes Registerrecht.[30]) Das bedeutet: eine Vorstandsänderung oder eine Satzungsklausel, die im Vereinsregister nicht eingetragen war, ist zwar nicht ganz ungültig, aber doch bloß gegen solche Dritte wirksam, welche die Sachlage erweislich gekannt haben; Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich. Umgekehrt, eine Vorstandsänderung oder eine Satzungsklausel, die im Vereinsregister eingetragen war, ist gegen jeden Dritten wirksam, es sei denn, daß der Dritte in entschuldbarer Unkenntnis der Sachlage war.[31]) 4. Endlich: wird eine Satzungsänderung nicht eingetragen, so ist sie selbst gegen solche Dritte, welche sie gekannt haben und auch gegen die Mitglieder der Körperschaft unwirksam.[32])

Eine öffentliche Bekanntmachung durch die Zeitung ist nur für den Namen und Sitz der Körperschaft, das Datum der Satzung, sowie die Mitglieder des ersten Vorstandes ausdrücklich vorgeschrieben[33]), ist aber sicher — da sonst die erste Bekanntmachung ganz zwecklos wäre — auch für jede Änderung dieser zuerst eingetragenen Thatsachen und auch für jede die Vertretungsmacht des Vorstandes betreffende Klausel der Satzung erforderlich. Dagegen sind Satzungs-

26) RGB. 58. 27) RGB. 59, 67, 71, 72, 66, 79, 64, 68, 70.
28) RGB. 59, 60. 29) RGB. 78.
30) S. m. Lehrb. des Handelsrechts § 10 Nr. 5.
31) RGB. 68, 70. 32) RGB. 71. 33) RGB. 64, 66.

änderungen, welche keines der eben genannten Verhältnisse betreffen, zwar einzutragen, nicht aber durch die Zeitung bekannt zu machen (RGB. 71).

V. Eine fortlaufende Staatsaufsicht findet nur bei einzelnen konzessionierten Körperschaften statt; die Einzelheiten werden von der konzessionierenden Behörde bei der Konzessionserteilung willkürlich vorgeschrieben; von allgemeiner Bedeutung ist bloß die eine, schon oben erwähnte, auch im RGB. 33 anerkannte Regel, daß Satzungsänderungen nur mit staatlicher Genehmigung zulässig sind. Dagegen findet bei eingetragenen Körperschaften eine besondere Staatsaufsicht nicht statt, es sei denn, daß sie in der Satzung besonders zugelassen wäre.[34])

d) Rechtsfähigkeit der Körperschaften.

§ 32.

Daß die Körperschaft als solche rechtsfähig ist, ergiebt sich aus ihrem Begriffe: denn ihre juristische Persönlichkeit besteht ja gerade darin, daß sie fähig ist, mit Rechten und Pflichten ausgestattet zu werden. Und zwar ist ihre Rechtsfähigkeit grundsätzlich die gleiche, wie die der Menschen; insbesondere ist die römische Regel, daß die Körperschaften mit Ausnahme einzelner privilegierter Vereine nicht erbfähig seien, in Deutschland selbst im gemeinrechtlichen Gebiet durch Gewohnheit abgeschafft.[1]) Nur solche Rechte, welche ihrer Natur nach auf die Menschen beschränkt sind, wie die meisten Familienrechte, bleiben den Körperschaften verschlossen. Außerdem bestand vielfach nach Landesrecht die Regel, daß die Körperschaften gewisse Vermögenszuwendungen garnicht oder nur mit staatlicher Erlaubniß gültig erwerben konnten; das Reichsgesetzbuch läßt aber solche landesrechtlichen Regeln nur dann zu, wenn der Gegenstand der Zuwendung mehr als 5000 Mark beträgt.[2])

Baden (Ges. v. 5. 5. 70) hatte auch die kleinsten Schenkungen an juristische Personen von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht; dagegen ließ Preußen (Ges. v. 23. 2. 70) dies nur für solche unentgeltliche Zuwendungen gelten, welche entweder einen Wert von mehr als 3000 Mark hatten oder einen der juristischen Person fremden Zweck verfolgten. — Preußen (Ges. v. 4. 5. 46) bestimmte außerdem, daß ausländische Körperschaften Grundbesitz nur mit staatlicher Genehmigung erwerben können; diese Regel gilt gemäß EG. 88 fort.

e) Handlungsfähigkeit der Körperschaften.

§ 33.

1. Die Körperschaft ist handlungsfähig. Denn alle Handlungen, die eines der Körperschaftsorgane innerhalb seiner Zuständigkeit vornimmt, werden vom Gesetz als eigene Handlungen der Körperschaft angesehen: Rechte und Pflichten,

34) Siehe aber auch unten S. 112c.

1) Regelsberger, Bd. 1 S. 321. 2) EG. 86.

welche aus der Handlung entstehen, erwachsen also nicht — oder doch nicht ausschließlich — in der Person des Organes, welches die Handlung vorgenommen, sondern kommen unmittelbar der Körperschaft zu.

2. Es wird lebhaft darüber gestritten, ob die juristische Person handlungsunfähig sei, weil die Handlungen ihrer Beamten eben nur als die Handlungen der Beamten aufgefaßt werden dürften,[1]) oder ob sie handlungsfähig sei, weil durch die Handlungen der Beamten die juristische Person selber thätig werde.[2]) Das ist aber keine Rechtsfrage, sondern bloß eine Frage des Ausdrucks. Denn daß eine juristische Person anders handelt wie ein Mensch, läßt sich nicht bestreiten, und es hat deshalb guten Sinn, wenn man ihr die menschliche Handlungsfähigkeit abspricht. Andrerseits besteht thatsächlich ein so inniger Zusammenhang zwischen der Thätigkeit der Körperschaftsbeamten mit dem ganzen Organismus der juristischen Person, daß die Handlung des Beamten nicht als die Handlung einer von der Körperschaft völlig verschiedenen Person erscheint; man muß vielmehr sagen, die Handlung sei aus dem Organismus der juristischen Person heraus erfolgt; und nur ein kürzerer Ausdruck dafür ist es, wenn man sagt, die juristische Person selbst habe gehandelt, sie selber sei handlungsfähig.

3. a) Wie weit die Zuständigkeit der Körperschaftsorgane reicht, ist lediglich der Satzung zu entnehmen. Nur eine einzige Frage hat das Gesetz selbst geregelt, und zwar in zwingender, auch durch die Satzung nicht abzuändernder Weise:[3]) es soll nämlich die Körperschaft für den Schaden haften, welchen einer ihrer Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt. Anders ausgedrückt: es hängt zwar ganz von der Satzung ab, welche Verrichtungen einem Körperschaftsbeamten übertragen werden; aber, wie auch immer die Verrichtungen bestimmt sind, der Beamte ist nicht bloß zuständig, sie gut, sondern er ist auch zuständig, sie schlecht auszuführen, und die Körperschaft muß sich auch die schlechte Ausführung der Verrichtungen, muß sich insbesondere jede in Ausführung der Verrichtungen begangene zum Schadenersatz verpflichtende Handlung des Beamten zurechnen lassen. Die „Vertretungsmacht", welche die Körperschaft ihren Organen giebt, ist eben eine „Macht", und wie jede andere Macht nicht bloß zu gutem Gebrauch, sondern auch zum Mißbrauch geeignet. Wer die Macht verleiht, muß auch für ihren Mißbrauch einstehen. Hieraus folgt, daß der Körperschaft namentlich die Delikte ihrer Organe zugerechnet werden müssen, also, daß die Körperschaft deliktfähig ist.

b) Vorausgesetzt ist dabei, daß das Delikt in Ausführung der den Organen übertragenen Verrichtungen vorgenommen ist. Diese Voraussetzung wird bei Raub und Diebstahl selten zutreffen, dagegen sehr oft bei Patentverletzungen in einer Fabrik, bei Veranstaltung eines Nachdrucks in einer Verlagsbuch-

1) Windscheid § 59. 2) Gierke, Genoss.Theorie S. 603. 3) RGB. 31.

handlung u. s. w. Vorausgesetzt ist weiter, daß das Delikt von einem „Vertreter" oder „Willensorgan"[4]) der Körperschaft begangen ist; nicht hergehörig sind also Delikte eines nicht vertretungsberechtigten Beamten, z. B. der Portier eines Klubs schließt widerrechtlich einen Fremden über Nacht im Klubhause ein. — Aber nicht bloß Delikte, sondern auch schuldlose, zum Schadenersatz verpflichtende Handlungen gehören hierher, z. B. der Klubvorstand hält einen Haushund, der einen Besucher des Klubs beißt.

c) Die Deliktfähigkeit der Körperschaften ist älteres Recht; unter dem Einfluß des römischen Rechts ist sie aber lange Zeit hindurch außer Geltung gekommen, um dann erst durch ein jüngeres Gewohnheitsrecht wieder anerkannt zu werden.[5]) Jetzt wird sie vom RGB. § 31 ausdrücklich bestätigt.

d) Die Begründung der Deliktfähigkeit der Körperschaften, wie ich sie gebe, hat mit den Besonderheiten der juristischen Personen und ihrer Organe nichts zu thun; sie paßt vielmehr für jede andere Vertretungsmacht auch. Das ist aber kein Mangel meiner Begründung; vielmehr glaube ich, daß der Versuch Gierkes, die Haftung der Körperschaft für die Delikte ihrer Beamten aus dem juristischen Begriffe der Körperschaft als einer realen Gesamtperson oder aus dem Begriffe der Körperschaftsbeamten als der Organe, nicht als der Vertreter der Körperschaft abzuleiten, nicht zu billigen ist (Rümelin, Zweckvermögen und Genossenschaft S. 92). Weit schärfer muß ich natürlich gegen die andere Lehre Einspruch einlegen, welche aus dem Wesen der juristischen Person gerade umgekehrt ihre Deliktunfähigkeit ableiten wollte, um so schärfer, als auch Savigny und Bruns (in Holtzendorffs Encyklopädie III, 1 § 17) dieser Theorie ihre Autorität geliehen haben. Man darf sagen, daß für diese Lehre schlechterdings garnichts spricht und daß man deshalb geradezu in Verlegenheit gerät, wenn man sie widerlegen will. Bruns sagt: die Deliktfähigkeit paßt nicht zur Korporation; denn diese soll „ein von den Mitgliedern durchaus verschiedenes Rechtssubjekt sein, und unmöglich (!) kann dieses als solches über seinen Zweck hinaus thätig werden". Mit gleichem Rechte kann man sagen, die Delikte seien gegen den Zweck, den der Einzelmensch auf Erden zu erfüllen habe; „unmöglich" könne also der Einzelmensch deliktfähig sein.

f) Rechtsstellung der Körperschaftsmitglieder.

§ 34.

I. Ein- und Austritt der Mitglieder.

1. Der Eintritt eines neuen Mitgliedes geschieht — sein Einverständnis vorausgesetzt — durch „Aufnahme" in die Körperschaft. Über die Aufnahme befindet die Mitgliederversammlung; sie kann sie willkürlich bewilligen und

4) RG. 19 S. 350.

5) RH. 8 Nr. 50; RG. 8 S. 236; 17 S. 108; 19 S. 348; 22 S. 259; 28 S. 337 29 S. 142; 31 S. 249.

willkürlich ablehnen. Doch kann die Satzung Abweichendes bestimmen, z. B. gewisse Eigenschaften der Mitglieder derart vorschreiben, daß, wer diese Eigenschaften nicht hat, nicht als Mitglied aufgenommen werden darf, und umgekehrt, wer die Eigenschaften hat, als Mitglied aufgenommen werden muß. Ebenso kann die Satzung anordnen, daß man auch ohne Aufnahme Mitglied wird, z. B. dadurch, daß man die Mitgliedschaft eines bisherigen Mitgliedes erbt oder käuflich erwirbt.[1]) Die Satzung kann ferner die Aufnahme neuer Mitglieder dem Vorstande übertragen, kann den Eintritt neuer Mitglieder ganz verbieten u. s. w.

2. Das Ausscheiden eines alten Mitgliedes geschieht durch den Tod oder durch freiwillige Kündigung des Mitglieds; die Kündigung ist jederzeit zulässig. Auch hier kann aber die Satzung Abweichendes vorschreiben. Sie kann z. B. die Mitgliedschaft für vererblich erklären.[2]) Sie kann ferner das Kündigungsrecht der Mitglieder zwar nicht ganz ausschließen, aber doch zeitlich beschränken, z. B. so, daß die Kündigung nur zum Schlusse des Geschäftsjahres stattfinden darf und eine gewisse Zeit — längstens zwei Jahre — vorher erklärt werden muß.[3]) Sie kann endlich der Körperschaft das Recht geben, auch ihrerseits einem Mitgliede zu kündigen, sei es aus gewissen in der Satzung bestimmten Gründen (Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, Teilnahme an einem anderen gleichartigen Verein u. dergl.), sei es nach freiem Ermessen.[4])

Falls die Satzung nichts Anderes bestimmt, hat ein ausscheidendes Mitglied irgend eine Auszahlung, die etwa seinem Anteil am Körperschaftsvermögen entspräche, von der Körperschaft nicht zu fordern; dagegen wird das Mitglied von allen Beitragspflichten gegenüber der Körperschaft frei, soweit die Pflichten sich nicht auf die Zeit vor seinem Ausscheiden beziehen.

II. Rechte der Mitglieder gegen die Körperschaft.

1. Sie sind entweder echte Mitgliedsrechte oder Gläubigerrechte.

a) Die echten Mitgliedsrechte stehen den Mitgliedern als solchen zu. Sie sind deshalb nur veräußerlich, wenn die Satzung die ganze Mitgliedschaft für veräußerlich erklärt, und auch dann können sie nur zusammen mit der ganzen Mitgliedschaft veräußert, also nicht getrennt für sich einem Nichtmitgliede übertragen werden. Sie können ferner im Konkurse der Körperschaft nicht geltend gemacht werden. Sie passen weder in die Kategorie der dinglichen noch in die der Forderungsrechte, sondern sind Rechte eigner Art. Entweder sind sie allgemeine Mitgliedsrechte, welche gleichmäßig allen Mitgliedern zustehen, oder Sonderrechte, welche nur einzelnen bestimmten Mitgliedern gebühren. Vielfach verwendet man aber den Ausdruck „Sonderrecht"

1) RGB. 38, 40.
2) RGB. 38, 40.
3) RGB. 39. 4) RGB. 25.

in weiterem Sinn, indem man damit alle Mitgliederrechte bezeichnet, welche durch die Satzung nicht beeinträchtigt werden können.[4a])

b) Die Gläubigerrechte stehen den Mitgliedern zu, als gehörten diese der Körperschaft überhaupt nicht an. Sie umfassen nicht bloß solche Rechte, welche ein Mitglied ganz unabhängig von seiner Mitgliedseigenschaft erworben hat, z. B. den Anspruch aus einem von ihm der Körperschaft gewährten Darlehn, sondern auch Rechte, die aus seiner Mitgliedschaft entsprungen, aber demnächst davon losgelöst sind, z. B. den Anspruch auf den Mitgliedsanteil an dem endgültig festgestellten Gewinne des letzten Jahres. Diese Rechte sind frei veräußerlich. Sie können auch im Körperschaftskonkurse geltend gemacht werden, und zwar je nach ihrer Art als Konkursforderungen, als Ab- oder Aussonderungsrechte. Sie sind entweder dingliche oder Forderungsrechte.

2. a) Das Reichsgesetzbuch giebt den Mitgliedern nur ein Recht, nämlich das Recht an der Mitgliederversammlung teilzunehmen und mitzustimmen.[5]) Und selbst dies Recht kann die Satzung wenigstens einzelnen Mitgliedern — z. B. denen, die nur ganz kleine Beiträge gezahlt haben — entziehen.[6]) Daß derartige „passive" Mitglieder wirklich echte Mitglieder sind, erhellt schon daraus, daß sie mit den ihnen etwa zustehenden sonstigen Rechten und mit ihren Pflichten der körperschaftlichen Gewalt der Mitgliederversammlung unterworfen sind; sie sind also nicht „Dritte", die außerhalb der Körperschaft stehen, sondern wirkliche Mitglieder, freilich Mitglieder zweiter Ordnung.

b) Alle anderen Mitgliedsrechte beruhen lediglich auf der Satzung, z. B. das Recht auf einen Anteil am Jahresgewinn, auf unentgeltliche Benutzung der körperschaftlichen Gebäude u. s. w. Ein Recht auf Gewinn ist also, falls die Satzung schweigt, nicht anzuerkennen; vielmehr hat alsdann die Mitgliederversammlung über die Verwendung des Einnahmeüberschusses nach Maßgabe des der Körperschaft gesetzten Zwecks frei zu verfügen und kann demgemäß im Einzelfall den Überschuß an die Mitglieder verteilen, braucht es aber nicht; bei gemeinnützigen Körperschaften darf sie es sogar nicht. — Auch ein Recht der Mitglieder am Körperschaftsvermögen bei Auflösung der Körperschaft ist keineswegs allgemein vorhanden; siehe unten § 35 Nr. 2.

3. Die Mitgliederversammlung kann über Gläubiger- und Sonderrechte[7]) ihrer Mitglieder nur mit deren Zustimmung verfügen. Die allgemeinen Mitgliedsrechte kann sie dagegen im Wege der Satzungsänderung sowohl abändern wie gänzlich aufheben;[8]) nur muß ihr Beschluß alle Mitglieder gleichmäßig treffen.

4a) Über „Gattungsrechte" s. m. Lehrb. d. Handelsrechts § 93 III.
5) RGB. 32.
6) RGB. 40.
7) RGB. 35. Siehe oben S. 101.
8) Abw. K. Lehmann im Arch. f. bürgerl. Recht 9 S. 297 (94).

So kann die Mitgliederversammlung sogar das höchste Recht eines Mitglieds, nämlich seine ganze Mitgliedschaft, willkürlich aufheben. Zu diesem Zwecke muß sie aber, falls ihr dies Recht nach dem ursprünglichen Wortlaut der Satzung nicht zusteht, zuvor durch Satzungsänderung die allgemeine, gleichmäßig für alle Mitglieder gültige Regel beschließen, daß jedes Mitglied willkürlich ausgestoßen werden dürfe. Zu einer solchen Satzungsänderung ist sie wohl befugt; denn ein Sonderrecht ist die Mitgliedschaft nicht. — Die Machtstellung, welche ich hiernach der Mitgliederversammlung zuschreibe, ist erschreckend groß, und es ist in Zukunft allen Vereinsgründern anzuraten, genaue Vorschriften in die Satzung aufzunehmen, welche für gewisse wichtige Satzungsänderungen einen einstimmigen Beschluß aller Mitglieder fordern. Das Gesetz hätte besser gethan, schon von sich aus die Mitgliederversammlung in engere Schranken zu weisen.

III. Pflichten der Mitglieder gegen die Körperschaft.

1. Sie beruhen bei den Körperschaften gemeinen Rechts ausschließlich auf der Satzung. So schreibt die Satzung öfters die Zahlung von Eintrittsgeldern oder laufenden Beiträgen vor oder setzt auch die Pflicht fest, sich an der Verwaltung der Körperschaft zu beteiligen. Dagegen hat bei einzelnen Körperschaften besonderen Rechts auch das Gesetz gewisse Pflichten der Mitglieder vorgeschrieben, z. B. bei der bergrechtlichen Gewerkschaft die Zubußpflicht.

2. Alle Pflichten der Mitglieder können durch einen sämtliche Mitglieder gleichmäßig treffenden Beschluß sowohl erhöht[9]) als vermindert werden. Der Beschluß bedarf aber, wenn er nicht bereits in der Satzung vorgesehen ist, der Form einer Satzungsänderung.

IV. Rechtsstellung der Mitglieder nach außen.

1. Regelmäßig haben die Mitglieder als solche eine nach außen hin wirkende Rechtsstellung überhaupt nicht. Rechtsfähig ist ja die Körperschaft als Ganzes, und die Körperschaft ist eine juristische Einheit, eine eigene mit ihren Mitgliedern nicht identische Person und keineswegs gleich der Summe ihrer Mitglieder. Die Mitglieder kommen eben nur als Glieder des körperschaftlichen Organismus in Betracht, und als solche wirken sie nicht nach außen, sondern nur nach innen.

2. Daraus folgt, daß die Eigenschaften der Mitglieder nicht zugleich Eigenschaften der Körperschaft sind. Eine Körperschaft ist z. B., wenn ihr Sitz in Deutschland liegt, deutsch, mögen auch sämtliche Mitglieder Engländer sein; demnach kann ein ihr gehöriges Schiff die deutsche Flagge führen.[10])

3. Daraus folgt weiter: das Vermögen der Körperschaft ist Körperschaftsvermögen, nicht Vermögen der Mitglieder. Das gilt ebenso für das Aktiv-, wie für das Passivvermögen. Deshalb können die zum Aktivvermögen ge-

---

9) Abw. z. B. für Aktiengesellschaften HGB. 219.

10) RGes. v. 23. 12. 88.

hörigen Rechte nur von der Körperschaft, nicht von den einzelnen Mitgliedern geltend gemacht werden. Ebenso können die zum Passivvermögen gehörigen Schulden nur gegen die Körperschaft, nicht gegen die einzelnen Mitglieder verfolgt werden: die Mitglieder der Körperschaft sind also den Körperschaftsgläubigern mit ihrem Privatvermögen nicht haftbar.

4. Doch bilden alle diese Sätze nur die Regel, d. h. sie gelten, wenn weder das Gesetz noch die Satzung das Gegenteil bestimmt. Eine logisch notwendige Folge aus dem Begriff der Körperschaft oder der juristischen Person enthalten sie dagegen nicht.

a) Demgemäß kann das Gesetz oder die Satzung sehr wohl bestimmen, daß die Mitglieder für die Körperschaftsschulden mit ihrem Privatvermögen haftbar sind. Das ist eine Ausnahme von der Regel; denn aus dem Wesen der Körperschaft als einer juristischen Person läßt sich diese Haftung der Mitglieder nicht ableiten. Aber es ist eine juristisch zulässige Ausnahme; denn die Haftung der Mitglieder, wennschon sie aus dem Wesen der juristischen Person nicht folgt, widerspricht doch andrerseits diesem Wesen durchaus nicht; es können ja für die Verpflichtungen eines Schuldners ganz fremde Personen, etwa als Bürgen, haftbar sein: um so mehr werden für die Verpflichtungen einer Körperschaft deren Mitglieder haften können.[11])

b) Ebenso kann das Gesetz oder die Satzung bestimmen, daß die Mitglieder der Körperschaft die der Körperschaft gehörigen Rechte in eignem Namen ausüben können.[12]) Auch diese Regel folgt nicht aus dem Wesen der juristischen Person; aber sie ist durchaus vereinbar damit, weil ja auch sonst ein und dasselbe Recht mehreren Personen gemeinsam gegeben werden kann.[13])

g) Auflösung der Körperschaften.

§ 35.

1. Die Körperschaft wird — abgesehen von weiteren in der Satzung angegebenen Gründen, z. B. Ablauf der dort bestimmten Zeit, Aufkündigung seitens eines Mitgliedes — aufgelöst, wie folgt.

a) Durch Konkurseröffnung über ihr Vermögen; der Vorstand ist, wenn das Körperschaftsvermögen überschuldet ist, verpflichtet, die Konkurseröffnung zu beantragen.[1])

b) Durch Beschluß der Mitgliederversammlung, welcher, wenn die Satzung

11) Eine gesetzliche Bestimmung dieser Art ist thatsächlich erfolgt bei der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter oder unbeschränkter Haftpflicht.

12) Solche Bestimmung findet sich etwa bei der Allmende oder der älteren Gewerkschaft. Im neueren Recht ist sie selten.

13) Siehe unten im Sachenrecht („Gesamteigentum").

1) RGB. 42, siehe oben S. 101[17].

nichts Anderes besagt, mit $^3/_4$ Mehrheit jederzeit gefaßt werden kann; Staatsgenehmigung ist nur bei konzessionierten Körperschaften nötig, und auch bei ihnen bloß dann, wenn die Auflösung vor Ablauf der in der Satzung bestimmten Zeit erfolgt.[2])

c) Durch Auflösung von Amtswegen[3]); diese ist zulässig 1. wenn die Körperschaft durch gesetzwidriges Verhalten der Mitgliederversammlung oder des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet oder 2. wenn sie einen anderen als ihren satzungsmäßigen Zweck verfolgt; doch gilt letztere Regel, d. h. die Möglichkeit der Auflösung bei jeder Abweichung von dem satzungsmäßigen Zwecke nur bei konzessionierten Körperschaften in voller Strenge; bei anderen Körperschaften, namentlich den eingetragenen, ist dagegen die Auflösung nur zulässig, wenn die Körperschaft einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unternimmt oder politische, sozialpolitische oder religiöse Zwecke verfolgt, obschon ihre Satzung von wirtschaftlichen oder von politisch-religiösen Zwecken nichts weiß.

Daß eine Körperschaft gelegentlich von ihrem Zwecke abschweift, ist noch kein Auflösungsgrund; wenn z. B. in einem wirtschaftlichen oder geselligen Verein gelegentlich politische Reden gehalten werden, kann man noch nicht sagen, daß der Verein politische Zwecke „verfolgt". — Kein Auflösungsgrund ist (anders als bei Stiftungen), daß der satzungsmäßige Zweck der Körperschaft nicht oder nur in unverständiger Weise erreicht werden kann; die Körperschaft mag hier selber für sich sorgen. — Zuständig zur Auflösung ist bei Körperschaften, die vom Reich konzessioniert sind, der Bundesrat. Im übrigen sind die Behörden des Staats zuständig, in dem die Körperschaft ihren Sitz hat. Die Entscheidung erfolgt im Verwaltungsstreitverfahren, also nicht durch die Polizei, sondern durch die Verwaltungsgerichte; wo Verwaltungsgerichte fehlen, entscheiden Verwaltungsbehörden, jedoch in dem Verfahren, welches RGewOrd. § 20, 21 bei der Entziehung von Gewerbekonzessionen vorschreibt.[4])

d) Durch Auflösung auf Antrag des Vorstandes. Sie ist nur dann zulässig, wenn die Zahl der Mitglieder bei einer eingetragenen Körperschaft unter drei sinkt. Zuständig ist das Amtsgericht. Wird der Antrag nicht binnen drei Monaten gestellt, so muß das Amtgericht die Auflösung von Amtswegen aussprechen.[5]) — Bei nichteingetragenen Körperschaften findet dies Auflösungsverfahren nicht statt. Hier hängt es also von Wortlaut und Sinn der Satzung ab, ob ein zu geringer Mitgliederstand die Körperschaft zerstört. Denkbar ist es, daß nach der Satzung die Körperschaft auch bloß bei einem einzigen Mitgliede, ja vorübergehend ohne alle Mitglieder fortbesteht; sie ist dann kein Verein mehr; das ist aber auch nicht nötig; es genügt vielmehr, wenn sie nur auf eine Mehrzahl von Personen „angelegt" ist.[6])

---

2) RGB. 41, 33 Abs. 2. 3) RGB. 43, 44.
4) RGB. 43, 44, s. oben S. 97. 5) RGB. 73.
6) S. oben S. 90[2]. So bei Aktiengesellschaften: s. mein Lehrb. des Handelsrechts § 96 IV. Abw. Gierke, Genoss.Theorie S. 839.

2. Die Hauptfrage ist, an wen das Vermögen der aufgelösten Körperschaft fällt. [7])

a) In erster Reihe entscheidet die Satzung. Diese bezeichnet den Empfänger entweder unmittelbar, oder sie giebt der Mitgliederversammlung oder dem Vorstande das Recht, ihrerseits den Empfänger zu benennen, sodaß diese Organe über den Nachlaß der Körperschaft gewissermaßen testieren. [8])

b) Schweigt die Satzung, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

α) Bei nicht wirtschaftlichen Körperschaften kann die Mitgliederversammlung, auch wenn sie von der Satzung dazu nicht besonders ermächtigt ist, über das Vermögen „testieren"; jedoch nur in der Weise, daß sie es irgend einer gemeinnützigen Stiftung oder einer öffentlichen Anstalt (Gemeinde, Kirche u. s. w.) „vermacht".

β) Bei wirtschaftlichen Körperschaften und ebenso bei nicht wirtschaftlichen, wenn ein Vermächtnis der zu α genannten Art nicht zu stande kommt, ist nochmals zu unterscheiden. 1) Wenn die Körperschaft satzungsmäßig ausschließlich den Interessen ihrer Mitglieder dient, was bei den allermeisten wirtschaftlichen, aber auch bei gewissen nicht wirtschaftlichen Vereinen, z. B. bei geselligen Klubs zutreffen wird, fällt das Vermögen zu gleichen Teilen an die sämtlichen zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder. 2) Berücksichtigt die Körperschaft dagegen satzungsmäßig auch nur nebenbei fremde Interessen, z. B. ein politischer Verein, ein Konzert- oder Theaterverein, dessen Vorstellungen im Interesse der Stadt auch Nichtmitgliedern offen stehen, so fällt ihr Vermögen an den Fiskus oder an eine andere landesrechtlich zu bezeichnende juristische Person, z. B. an die Gemeinde. [9]) Der Empfänger hat das Vermögen thunlichst in einer den Zwecken der Körperschaft entsprechenden Weise zu verwenden [10]); jeder Interessent z. B. jedes frühere Mitglied, das durch seine Beiträge zur Bildung des Körperschaftsvermögens beigetragen hat, kann den Empfänger auf Erfüllung dieser Verpflichtung verklagen. [11])

3. a) Das Recht des Empfangsberechtigten auf Ausantwortung des Vermögens der aufgelösten Körperschaft ist eine gegen die Körperschaft gerichtete (obligatorische) Forderung. [12]) Demgemäß tritt der Empfänger in die Rechte der Körperschaft nicht ohne weiteres gleich einem Erben ein, sondern die Fahrnis ist ihm zu übergeben, Grundstücke sind ihm aufzulassen. Ebensowenig gehen die Schulden der Körperschaft auf ihn über; vielmehr sind die Körperschaftsgläubiger zu befriedigen oder sicherzustellen, ehe das Aktivvermögen dem Empfänger ausgehändigt wird; und ist diese Regel verletzt, etwa weil ein Gläubiger unbekannt geblieben ist, so kann solch ein Gläubiger nicht mit seiner

---

7) RGB. 45, 46.

8) Gierke 1 § 70 [56].

9) RGB. 45, EG. 85. 10) RGB. 46.

11) Leonhard, Verh. d. 23. Juristentages 1 S. 276 (95).

12) Abw. Gierke 1 § 70 [73].

ursprünglichen Forderung, sondern nur mit einer Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Empfänger vorgehen.

b) Nur wenn der Fiskus Empfänger ist, erwirbt er das ganze Vermögen der Körperschaft durch eine Art erbrechtlicher [13]) Gesamtrechtsnachfolge. [14])

4. Fällt das Vermögen nicht an den Fiskus, so muß, außer im Falle des Konkurses, eine Liquidation stattfinden. [15])

a) Als Liquidatoren wirken die Vorstandsmitglieder. Doch können — nach den Regeln, welche für die Bestellung des Vorstandes maßgebend sind — auch andere Personen zu Liquidatoren bestellt werden. Die Liquidatoren haben eine ähnliche Rechtsstellung wie der Vorstand; nur sind sie den Gläubigern der Körperschaft nicht bloß dann verantwortlich, wenn sie den etwa erforderlichen Antrag auf Konkurseröffnung verzögern, sondern auch dann, wenn sie die Vorschriften über das Sperrjahr (unten zu c) verletzen [16]); ferner giebt es bei ihnen gültige Mehrheitsbeschlüsse nur, wenn die Satzung oder ein Beschluß der Mitgliederversammlung es besonders bestimmt, während sie sonst sowohl bei der Geschäftsführung wie bei der Vertretung nach außen stets gemeinsam und einstimmig handeln müssen [17]); endlich ist ihre Vertretungsmacht durch die Zwecke der Liquidation beschränkt [18]), sodaß sie z. B. neue Geschäfte nur eingehen dürfen, wenn es zur Beendigung schwebender Geschäfte nötig ist. [19])

b) Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, das Vermögen soweit in Geld umzusetzen (zu „versilbern"), als es zur Befriedigung der Gläubiger nötig ist, und den Überschuß dem Empfangsberechtigten auszuantworten. Sind mehrere Empfangsberechtigte vorhanden, so ist jedem sein Anteil in Geld zu überweisen, falls nicht die Satzung etwas anderes bestimmt; in diesem Falle müssen also die Liquidatoren das ganze Vermögen in Geld umsetzen. [20])

c) Das Vermögen der Körperschaft darf dem Empfangsberechtigten erst ausgehändigt werden, nachdem die Gläubiger öffentlich aufgefordert sind, ihre Forderungen anzumelden und nachdem ein Jahr („Sperrjahr") seit dieser Aufforderung verstrichen ist und alle in diesem Jahre angemeldeten Forderungen bezahlt oder sichergestellt sind. [21])

5. Während der Liquidation dauert die Körperschaft fort, freilich so, daß ihr Satzungszweck jetzt geändert, nämlich auf die Liquidation beschränkt ist. [22])

---

13) Abw. Gierke 1 § 70 [66]. 14) RGB. 46.

15) RGB. 47. Ähnlich früher für Handelsgesellschaften HGB. 205, 244 ff., und für andere Vereine sächs. Ges. v. 15. 6. 68.

16) So schon HGB. 245 für die Aktiengesellschaft.

17) So schon HGB. 136 für die offene Handelsgesellschaft.

18) Ebenso HGB. 137.

19) RGB. 48, 49, 53. 20) RGB. 49.

21) RGB. 50—52. Ähnlich schon HGB. 245 für die Aktiengesellschaft. Näheres s. in meinem Lehrb. des Handelsrechts § 96 II.

22) Abw. Gierke, Genoss.Theorie S. 885.

Sie bleibt also, obschon sie „aufgelöst" ist, immer noch rechtsfähig.[23]) Erst mit dem Schluß der Liquidation erlischt sie vollständig.

6. Die Auflösung der Körperschaft, wie sie mit dem Schluß der Liquidation eintritt, bedeutet nur, daß die Körperschaft ihre Rechtsfähigkeit verliert, daß sie also nicht mehr als Person gilt. Dagegen kann die Körperschaft als bloßer Verein ohne Rechtspersönlichkeit auch jetzt noch fortdauern. So auch dann, wenn sie sich durch ihren eigenen Beschluß selber „auflöst"; in dieser Auflösung liegt dann einfach ein Verzicht auf die Rechtspersönlichkeit, der vollkommen zulässig ist.[24])

7. Bei den eingetragenen Körperschaften[25]) ist die Auflösung im Vereinsregister einzutragen. Ebenso sind einzutragen die Namen der Liquidatoren und ein Beschluß, der ihre Vollmacht anders regelt als das Gesetz; es gilt qualifiziertes Registerrecht wie bei einer den Vorstand betreffenden Eintragung.[26]) — Für den Schluß der Liquidation ist die Eintragung nicht vorgeschrieben.

2. Stiftungen.[1])

§ 36.

1. Die Stiftung[2]) kommt zu stande, indem der Stifter seinen Stiftungswillen schriftlich erklärt und der Bundesstaat, in dessen Gebiet die Stiftung ihren Sitz haben soll (bei außerdeutschen Stiftungen der Bundesrat) nach freiem Ermessen seine Genehmigung erteilt[3]) Hiernach ist das Konzessionssystem, welches für die Errichtung der Körperschaften großenteils aufgegeben ist, für die Stiftungen fortdauernd in Geltung.

a) Regelmäßig ist die Stiftung eine letztwillige. Von ihr ist im Erbrecht näher zu reden.

b) Sie kann aber auch unter Lebenden erfolgen. Dann ist sie widerruflich, bis die Staatsgenehmigung erteilt und damit die Stiftung vollzogen ist.[4]) Sogar die Erben des Stifters haben noch das Recht des Widerrufs, es sei denn, daß der Stifter noch bei Lebzeiten das Gesuch bei der zuständigen Behörde eingereicht oder Gericht oder Notar mit der Einreichung beauftragt hat. — Wirklich vollendet ist die Stiftung erst, wenn sie „organisiert", also

---

23) RGB. 49 Abs. 2.

24) Abw. Gierke 1 § 70[20].

25) RGB. 74—77.

26) RGB. 48 Abs. 2; s. oben S. 104.

1) Roth im Jahrb. f. Dogm. 1 S. 189 (57), Demelius, ebenda 4 S. 139 (61), Schloßmann, ebenda 27 S. 1 (89), Kohler, Arch. f. bürgerl. R. 3 S. 227 (91).

2) Über den Begriff s. oben S. 90 Nr. 4.

3) RGB. 80, 81. So schon das frühere Recht, z. B. preuß. Ges. v. 23. 2. 70. Anders für das gemeine Recht Gierke 1 § 78[27].

4) RGB. 81.

z. B. ein Vorstand für sie bestellt ist[5]); doch steht nach Reichsgesetzbuch § 80 die Rechtsfähigkeit der Stiftung schon vorher zu, nämlich von dem Augenblick der Staatsgenehmigung ab. — Mit der staatlichen Genehmigung der Stiftung ist die gestiftete Anstalt noch nicht Eigentümerin der ihr vom Stifter zugewendeten Sachen; vielmehr muß der Stifter ihr erst die Grundstücke auflassen, die Fahrnis übergeben.[6])

2. Die Organisation der Stiftung wird durch die Stiftungsurkunde bestimmt. Jedenfalls muß ein Vorstand (Kuratorium) bestellt werden, der die Stiftung verwaltet und nach außen hin vertritt. Er wird ähnlich einem Körperschaftsvorstande behandelt. Nur die Wirksamkeit der Mitgliederversammlung — daß sie nämlich den Vorstand bestellt und absetzt und mit bindenden Weisungen versieht — fällt hier natürlich fort; den Ersatz muß die Stiftungsurkunde treffen. Im Notfall kann die Staatsbehörde eingreifen, sei es auf Klage oder Beschwerde eines Beteiligten, sei es auch von Amtswegen. Als „dienendes" Organ hat der Vorstand das Recht, die in der Stiftungsurkunde festgestellten Regeln abzuändern, nur dann, wenn die Urkunde ihm dies Recht besonders verleiht[7]); auch ist der Vorstand in jedem Falle aus wichtigen Gründen absetzbar.

Das Recht der Staatsbehörden, den Stiftungsvorstand zu bestellen, abzusetzen und mit Anweisungen zu versehen, wird im Einzelnen durch das Landesrecht geregelt, auf welches Reichsgesetzbuch § 85 ausdrücklich verweist; besonders eingehend ist das Bad. Ges. v. 5. 5. 70.

3. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit ist bei Stiftungen die gleiche wie bei Körperschaften. — Das gemeine Recht hat die „frommen" Stiftungen mit gewissen Privilegien ausgestattet, ähnlich den Minderjährigen; das Reichsgesetzbuch schafft derartige Privilegien ab.

4. Mitgliederrechte giebt es bei der Stiftung nicht; wenn die Stiftungsurkunde gewissen Personen ein festes Anrecht auf den Genuß der Stiftungseinkünfte einräumt, so ist dies kein Mitgliedsrecht, sondern ein Gläubigerrecht.

5. Die Stiftung wird — abgesehen von den in der Stiftungsurkunde angegebenen besonderen Gründen — aufgelöst:

a) Durch die Konkurseröffnung über die Stiftung; der Vorstand muß den Antrag auf Konkurseröffnung stellen, sobald die Stiftung überschuldet ist.[8])

b) Durch Auflösung von Amtswegen. Diese ist zulässig, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet, indem sie z. B. den konfessionellen Frieden stört. Doch kann die zuständige Behörde in diesem Fall auch die Stiftung, statt sie ganz aufzulösen, nach Anhörung des Stiftungsvorstandes „umwandeln", nötigenfalls unter

5) Gierke, Genoss.-Theorie S. 122.
6) RGB. 82.
7) Abw. Regelsberger 1 § 92[2].
8) RGB. 86, 42.

Änderung ihrer Organisation; dabei ist die Absicht des Stifters thunlichst zu berücksichtigen und namentlich der Personenkreis, dem die Stiftung zu statten kommen soll, im Sinne des Stifters nach Möglichkeit zu erhalten.[9])

Beispiel: eine Familienstiftung aus alter Zeit wirft Stipendien für Familienangehörige lutherischer Konfession aus; nun wird mit Einführung der Union die ganze Familie „uniert"; nur ein Mitglied bleibt lutherisch, ein Mitglied wird katholisch; die Stiftung ist jetzt (im Zweifel) dahin umzuändern, daß die Stipendien an alle lutherischen und unierten Familienglieder, nicht dagegen an katholische kommen.

Da zu unterstellen ist, daß der Zweck der staatlich genehmigten Stiftung ein verständiger sei, so ist „Unmöglichkeit der Erfüllung des Stiftungszwecks" auch dann anzunehmen, wenn die Erfüllung des Stiftungszweckes zwar möglich ist, aber geradezu unverständig wäre; z. B. ein studentisches Stipendium wird mit so engen Bedingungen begründet, daß sich nur ganz selten ein geeigneter Bewerber meldet, der dann eine ganz unverhältnismäßig große, die studentischen Bedürfnisse weit überschreitende Summe empfängt; diese Stiftung wird umgewandelt werden können. Dagegen ist eine bloße Unzweckmäßigkeit der Stiftung noch kein Umwandlungsgrund. — Das Verfahren bei Auflösung oder Umwandlung einer Stiftung wird landesrechtlich frei geregelt; die Anwendung des Verwaltungsstreitverfahrens ist (anders als bei der Auflösung von Körperschaften) reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben.

6. Nach Auflösung der Stiftung fällt das Stiftungsvermögen an die in der Stiftungsurkunde bestimmten Personen; dabei findet eine Liquidation wie beim Vermögen einer aufgelösten Körperschaft statt.[10]) Schweigt die Urkunde, so ist das Vermögen je nach Landesrecht dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person (Kirche, Gemeinde) zu überweisen; der Empfänger hat das Vermögen thunlichst dem Stiftungszweck entsprechend zu verwenden.[11]) Ein Heimfall an den Stifter und seine Erben findet nur statt, wenn er bei der Stiftungserrichtung vorbehalten ist.[12])

7. Oft werden an Behörden, Kirchen, Gemeinden u. s. f. Schenkungen mit der Auflage gemacht, das Kapital oder die Zinsen der Schenkung zu bestimmten Zwecken zu verwenden. Durch eine solche Schenkung entsteht keine juristische Person; vielmehr fließt das geschenkte Gut mit dem Vermögen des Schenkungsempfängers rechtlich zusammen, selbst wenn es nach der Bestimmung des Schenkers getrennt verwaltet werden muß. Wenn man eine derartige Schenkung, wie es häufig geschieht, als Stiftung bezeichnet, so ist der Sprachgebrauch kein technischer; diese Schenkung ist von der eine neue juristische Person begründenden echten Stiftung durchaus verschieden.[13])

---

9) RGB. 87.
10) RGB. 88.
11) RGB. 88, 46; EG. 85.
12) Anders Preuß. LR. II, 6 § 194.
13) Regelsberger 1 S. 341; Kohler, Konkursrecht S. 182.

3. Juristische Personen des öffentlichen Rechts.[1])

§ 37.

Die Darstellung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts — also des Staats, der Gemeinden, der Deichgenossenschaften, der kirchlichen Anstalten, der Universitäten u. s. w. — ist im allgemeinen dem Staats-, dem Verwaltungs- und dem Kirchenrecht zu überlassen. Namentlich die Organisation dieser Personen gehört nicht in's Privatrecht. Ebensowenig ist hier die Frage zu erörtern, inwieweit Staat und Gemeinden für einen Schaden haftbar sind, den einer ihrer Beamten in Ausübung der ihm übertragenen obrigkeitlichen Gewalt verursacht hat — eine Frage, die übrigens auch das Reichsgesetzbuch als eine öffentlich-rechtliche einfach dem Landesrechte überweist.[2]) Vielmehr ist hier lediglich der rein privatrechtlichen Stellung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu gedenken.

1. Hier ist zunächst als allgemeiner Grundsatz festzustellen, daß, wenn die juristischen Personen des öffentlichen Rechts in privatwirtschaftlichen Verkehr treten, ihre öffentlich-rechtliche Stellung unberücksichtigt bleibt; sie werden grundsätzlich behandelt wie privatrechtliche Körperschaften oder Stiftungen.

a) Sie haben also die gleiche Rechtsfähigkeit, können z. B. zu Erben eingesetzt werden, können Grundstücke erwerben. Doch ist häufig vorgeschrieben, daß sie nur mit staatlicher Genehmigung gewisse Erwerbe machen, gewisse Rechtsgeschäfte vornehmen dürfen; die Beschränkung des Reichsgesetzbuchs, daß dies nur bei einem Gegenstande von mehr als 5000 Mark zulässig sein solle,[3]) gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht.

b) Sie haben auch die gleiche Handlungsfähigkeit. Deshalb sind sie deliktfähig, d. h. sie sind für jeden Schaden, den einer ihrer Willensvertreter im privatrechtlichen Verkehr bei Ausübung der ihm übertragenen Verrichtungen verursacht, ersatzpflichtig,[4]) z. B. wenn in einer staatlichen Zigarrenfabrik fremde Marken oder Patentrechte verletzt werden; auf Handlungen, die ein Beamter begeht, welcher nicht zu den Willensvertretern der juristischen Person zählt, z. B. auf den fehlerhaften Bau eines Regierungsbaumeisters[5]) ist diese Regel, wie ihr Wortlaut ergiebt, nicht zu erstrecken.

c) Das frühere Recht gab ihnen in ihrem privatwirtschaftlichen Verkehr manche Privilegien, z. B. den Vorzug einer langen Verjährung ihrer Forderungen, ein gesetzliches Pfandrecht u. dgl. Das Reichsgesetzbuch weiß hiervon nichts mehr. Nur wegen gewisser öffentlich-rechtlicher Ansprüche haben

1) Rosin, Recht der öffentl. Genossenschaft (86); Bernatzik, Archiv f. öffentl. Recht 5 S. 169 (90).
2) EG. 77. 3) EG. 86. 4) RGB. 89.
5) Abw. Eck S. 20.

Staat, Gemeinden u. dgl. auch in Zukunft Konkursprivilegien und gesetzliche Pfandrechte.[6])

2. Die einzelnen Arten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind hier — im allgemeinen Teil dieses Lehrbuchs — nicht weiter zu verfolgen. Entweder ist dies dem öffentlichen Rechte oder einem besonderen Zweige des Privatrechts zu überlassen. So werden wir z. B. den Zünften im Gewerberecht, den Landgemeinden im Landwirtschaftsrecht noch begegnen. Von allgemeiner Bedeutung ist nur das folgende:

a) Der Staat führt, wenn er in vermögensrechtlichen Verkehr eintritt, den Namen Fiskus. Selbstverständlich ist jeder Staat ein besonderer Fiskus für sich, weshalb namentlich der Reichsfiskus von den verschiedenen Landesfisken zu unterscheiden ist; dagegen besteht innerhalb des nämlichen Staates nur ein einziger Fiskus, sodaß z. B. im Reich nicht etwa der Postfiskus vom Marinefiskus als eine besondere „Person" zu trennen ist.

b) Dagegen sind die Gemeinden selbständige vom Staate getrennte Personen. Andrerseits sind aber die Gemeinden auch nicht mit der Summe ihrer Einwohner oder ihrer Ortsbürger identisch, sowenig wie eine privatrechtliche Körperschaft mit der Summe ihrer Mitglieder identisch ist. Deshalb haftet für Gemeindeschulden nur das Gemeindevermögen, nicht das Privatvermögen der einzelnen Bürger: die entgegengesetzte Regel des mittelalterlichen deutschen Rechts[7]) ist seit der Rezeption durch Gewohnheit beseitigt. Deshalb haben aber auch die einzelnen Bürger an dem aktiven Gemeindevermögen kein Nutzungsrecht, sondern müssen es sich gefallen lassen, daß das Gemeindevermögen von Gemeindebeamten oder Pächtern verwaltet und der Ertrag zur Deckung der allgemeinen Gemeindeausgaben verwendet wird; doch hatte auch hier das ältere Recht vielfach die entgegengesetzte Regel, und es hat sich letztere Regel namentlich bei den Landgemeinden noch bis zur Gegenwart in sehr erheblichem Umfang erhalten.[8])

III. Personenmehrheiten.[1])

§ 38.

1. Ein und dasselbe Recht kann mehreren Personen zugleich zustehen. Diese Personen sind dann als Mitinhaber des Rechts, als Mitberechtigte zu bezeichnen. Dabei ist ein dreifaches Verhältnis denkbar.

a) Jeder Mitinhaber kann das Recht allein ohne Rücksicht auf die Mit-

---

6) Konk.Ordn. 41 Nr. 1, 54 Nr. 2, 3.

7) Stobbe 1 § 50 $^{3-6}$.

8) Siehe unten im Landwirtschaftsrecht.

1) Gierke bei Bekker u. Fischer Heft 18 (89).

inhaber ausüben. Alsdann hat unter den verschiedenen Mitinhabern einer den Vorzug, sei es der, welcher sich mit der Ausübung des Rechts am meisten beeilt, sei es der vom Los bestimmte oder von der Gegenpartei auserwählte; indem er das Recht für sich allein ausübt, erschöpft er es zugleich und läßt den anderen Mitinhabern nichts übrig. Man kann in diesem Falle von einer vollen Mitberechtigung sprechen.

b) Oder der Mitinhaber kann das Recht zwar allein ausüben, aber nur mit Rücksicht auf die anderen Mitinhaber. Hier hat also nicht der eine vor allen übrigen den Vorzug. Sondern jeder Mitinhaber, der das Recht ausübt, kann das nur unbeschadet des Mit-Rechtes der anderen Mitinhaber thun. Man darf in diesem Falle von einer schlichten Mitberechtigung sprechen. Sehr bezeichnend ist dieser Ausdruck nicht; immerhin ist er besser als der vom Reichsgesetzbuch gebrauchte Ausdruck „Mitberechtigung nach Bruchteilen“.

c) Oder endlich der einzelne Mitinhaber kann das Recht in seinem alleinigen Namen garnicht ausüben. Vielmehr müssen entweder alle Mitinhaber sich zur gemeinsamen Ausübung des Rechts vereinigen, oder es wird die Ausübung zwar einem einzigen Mitinhaber durch Gesetz oder Vereinbarung übertragen; dieser tritt dann aber nicht in seinem alleinigen Namen, sondern zugleich im Namen der übrigen Mitinhaber als deren Vertreter, oder richtiger: er tritt als Organ der sämtlichen Mitinhaber auf. In diesem Falle spricht man von Mitberechtigung zur gesamten Hand.

2. Von den drei Formen der Mitberechtigung ist die wichtigste die zuletzt genannte, die der gesamten Hand; sie greift z. B. bei der ehelichen Gütergemeinschaft, bei der Erbengemeinschaft, bei der vertragsmäßigen Gesellschaft platz. Dagegen findet sich die schlichte Mitberechtigung bei zufälliger Gemeinschaft und außerdem überall, wo die Beteiligten sie vertragsmäßig vereinbart haben; namentlich können sich Gesamthänder derart auseinandersetzen, daß das Vermögen, welches ihnen zur gesamten Hand gehört, auch für die Zukunft gemeinsam bleibt, aber nicht mehr zur gesamten Hand, sondern zu schlichter Mitberechtigung. Die volle Mitberechtigung endlich findet sich nur, wo sie besonders vereinbart oder durch Sondergesetz bestimmt ist.

3. Eine Personenmehrheit, welche ein Recht oder eine Summe von Rechten gemeinsam besitzt, ist von einer Personenmehrheit, welche eine mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Körperschaft gegründet hat, scharf zu unterscheiden. Denn die Körperschaft ist ein Individuum für sich; ihre Mitglieder verschwinden mehr oder minder in ihrem Anstaltsorganismus; nicht den Mitgliedern, sondern dem Anstaltsorganismus steht das Körperschaftsvermögen zu. Hingegen bildet eine Personenmehrheit, welche nicht zur Körperschaftsbildung vorgegangen ist, kein derartiges Individuum; sie ist eben nur eine Mehrheit von Personen, die miteinander verbunden sind. Demgemäß kann, — um an dieser Stelle nur einen einzigen Unterscheidungspunkt hervorzuheben — wenn eine Körperschaft einen Prozeß führt, jedes ihrer Mit-

glieder als Zeuge vernommen werden, während, wenn eine Personenmehrheit ohne juristische Persönlichkeit klagt, das Zeugnis einer einzelnen zu der Mehrheit gehörigen Person unzulässig ist; denn die Körperschaft ist in ihren Prozessen allein Partei, nicht aber jedes einzelne Mitglied, und nur der Partei selbst fehlt die Fähigkeit, als Zeuge zu dienen; umgekehrt in den Prozessen, die eine nicht zur Körperschaft erhobene Personenmehrheit führt, ist jede der zur Mehrheit gehörigen Personen Mitkläger, also Mitpartei, also vom Zeugnis ausgeschlossen. [2])

---

2) Näheres siehe im Gesellschaftsrecht.

Vierter Abschnitt.

Die Rechtsgegenstände.

Einleitung.

§ 39.

1. Versteht man unter einem Rechtsgegenstande das Ding, welches der Berechtigte kraft seines Rechts beherrscht, so giebt es nur eine einzige Art von Rechtsgegenständen, die Personen. Denn alle Rechte sind, wenn man ihren Inhalt zergliedert, weiter nichts als die Herrschaft einer Person über andere Personen; selbst das Eigentum an einer Sache besteht nur in dem Rechte des Eigentümers, sich alle Eingriffe dritter Personen in Ansehung der Sache zu verbitten.

2. Indes kann man den Begriff des Rechtsgegenstandes auch so verstehen, daß er alle Dinge umfaßt, auf welche die Rechte sich beziehen. Alsdann kommen wir zur Unterscheidung einer größeren Anzahl von Rechtsgegenständen, nämlich:

a) der Personen,

b) unpersönlicher Dinge, die wir unter dem Namen Güter zusammenfassen.

Die Güter sind wieder:

α) körperliche; wir nennen sie dann Sachen[1]); oder

β) unkörperliche oder

γ) Verbindungen von Sachen und unkörperlichen Gütern.

---

1) RGB. 90.

1. Personen.

§ 40.

Als Gegenstand von Rechten in dem soeben festgestellten Sinne finden wir eine Person:

1. bei den Familienrechten an fremden Personen, z. B. der väterlichen Gewalt;

2. bei den Rechten, welche zwischen einer Körperschaft und ihren Mitgliedern bestehen;

3. bei den Forderungsrechten; doch ist hier zu unterscheiden:

a) bei den meisten Forderungsrechten ist der (hauptsächlichste) Beziehungspunkt des Gläubigerrechts nicht der Schuldner als Persönlichkeit, sondern nur eine bestimmte Leistung oder Unterlassung des Schuldners, also ein unkörperliches Gut;

b) dagegen ist die Persönlichkeit des Schuldners selbst der (hauptsächlichste) Beziehungspunkt z. B. bei den Rechten der Herrschaft gegen ihr Gesinde, des Lehrherrn gegen den Lehrling.

2. Sachen.[1]

a) Sachbestandteil, Zubehör, Sachinbegriff.

§ 41.

I. Jede Sache ist mehr oder minder zusammengesetzt, läßt sich also in Bestandteile zerlegen.

1. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten von Bestandteilen.

a) Wesentlich sind solche Bestandteile, welche sich nicht trennen lassen, ohne daß der eine oder andere von ihnen zerstört oder in seinem Wesen verändert wird,[2] z. B. die Rose am Rosenstock.

b) Unwesentlich sind alle anderen Bestandteile, z. B. die Rose im Blumenstrauß.[3]

Sonach hat ein Stück Butter nach dem Sprachgebrauch des Reichsgesetzbuchs überhaupt gar keine wesentlichen Bestandteile.

2. Grundsätzlich haben sämtliche Bestandteile der nämlichen Sache das gleiche rechtliche Schicksal; was einem Bestandteil widerfährt, widerfährt auch dem anderen; nicht jedes Atom der Sache hat sein eignes Recht. Doch

---

1) Göppert, über einheitl., zusammengesetzte u. Gesamtsachen nach röm. Recht (70); Funke, Lehre v. d. Pertinenzen (27); Kohler im Jahrb. f. Dogm. 26 S. 1 (88); Biermann, ebenda 34 S. 169 (95).

2) RGB. 93.

3) Siehe Eck a. a. O. S. 26.

wird diese Regel mit Strenge nur für dingliche Rechte an wesentlichen Bestandteilen durchgeführt[4]) (übrigens auch hier mit einer später zu erwähnenden wichtigen Ausnahme.[5]) Dagegen kann an unwesentlichen Bestandteilen aus besonderen Gründen sehr wohl ein getrenntes für die übrigen Bestandteile nicht gültiges dingliches Recht begründet werden. Und obligatorische Rechtsgeschäfte können sich gültig sogar auf einzelne wesentliche Bestandteile beziehen.

Beispiel: ein Onkel übergiebt als Geschenk seinem Neffen eine kostbar gebundene alte Bilderbibel, behält sich aber den Einband und ein einzelnes mit handschriftlichen Bemerkungen versehenes Bilderblatt vor. Als obligatorischer Vertrag ist dieser Vorbehalt gültig; der Neffe ist also persönlich verpflichtet, dem Onkel Einband und Bild zurückzugeben; ein dinglicher Vorbehalt des Eigentums wäre dagegen nur in Betreff des Einbands (unwesentlicher Bestandteil) gültig, in Betreff des Bilderblatts (wesentlicher Bestandteil) ungültig.

3. Besonders wichtig ist die Feststellung der Bestandteile bei Grundstücken. Hier gilt die Regel, daß alle Sachen, die mit dem Grund und Boden fest verbunden werden, wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind.[6]) So gehören namentlich die auf dem Grundstück stehenden Gebäude, aber ebenso auch das Korn auf den Feldern, die Bäume im Walde, solange sie noch mit dem Boden verbunden sind, dem Grundstückseigentümer. Das gilt auch dann, wenn das Grundstück verpachtet ist; der Pächter erwirbt also das Eigentum an dem von ihm selber gebauten Getreide erst mit dem Mähen. Nicht einmal die ausdrückliche Abrede, daß dem Pächter die Frucht schon auf dem Halme gehören soll, ist gültig.[7]) Eine Regel römischen Ursprungs! Denn das ältere deutsche Recht und ihm folgend noch das neueste preußische Recht schreibt das Eigentum an den stehenden und hängenden Früchten nicht dem Grundstückseigentümer, sondern dem Nutzberechtigten, also dem Pächter, Nießbraucher, gutgläubigen Besitzer u. s. f. zu.[8]) Doch muß die römische Regel sich bei uns folgende Ausnahmen gefallen lassen.

a) Stehende und hängende Früchte können, obschon sie Bestandteile, und zwar wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind, getrennt für sich (ohne das Grundstück) gepfändet werden;[9]) ist das Grundstück verpachtet, so können sie auch von der Haftung für die auf dem Grundstücke lastenden Pfandrechte ausgenommen werden.[10]) Damit ist die Regel, daß wesentliche Bestandteile der nämlichen Sache, stets dem gleichen dinglichen Rechte unterliegen, in einem wichtigen Punkt durchbrochen.

b) Sachen, die mit dem Grund und Boden nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbunden sind, sollen überhaupt nicht Bestandteile des

---

4) RGB. 93. 5) Siehe unten 3 a. 6) RGB. 94.

7) RGB. 94, 93.

8) Stobbe 1 § 63, 2 § 95 Nr. 4; Pr. LR. I, 9 § 221.

9) ZPO. 714, 725.

10) Das ist freilich zur Zeit (1896) im Gesetz noch nicht endgültig bestimmt; s. aber Entwurf I § 1067 u. amtl. Anm. zu Entw. II § 1039.

Grundstücks werden,[11]) z. B. Baugerüste, Caroussels, Ausstellungspavillons, Hopfenstangen, Sträucher, die nur zeitweilig eingepflanzt werden. Gleichgültig ist — anders als im Falle c —, ob es der Eigentümer selber ist, der die Verbindung vornimmt, und ob die Verbindung rechtmäßig oder widerrechtlich (z. B. aus Chikane) vorgenommen wird.

c) Bauwerke (Gebäude, Mauern, Drainanlagen u. dgl.), welche ein anderer als der Grundstückseigentümer kraft eines Rechts am Grundstücke errichtet, sollen selbst dann, wenn sie keine bloß vorübergehende Bestimmung haben, nicht Bestandteil des Grundstücks werden. So ist z. B. ein Schafstall, den der Pächter eines Grundstücks baut, Eigentum des Pächters.[12])

d) Schließlich ist bestimmt, daß auch die Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind, z. B. eine Weggerechtigkeit an einem Nachbargrundstück, als Bestandteile des ersteren (herrschenden) Grundstücks gelten sollen. Der Sinn dieser geschraubten Bestimmung[13]) kann erst bei der Erörterung der sogenannten „Rechte an Rechten," — in einem Anhang zum Sachenrecht — erörtert werden.

4. a) Auch über Bestandteile an Gebäuden stellt das Gesetz eine Regel auf. Es sollen nämlich alle Sachen, die zur Herstellung des Gebäudes darin eingefügt sind, wesentliche Bestandteile des Gebäudes sein,[14]) also die Balken, die Mauern, die Fenster samt ihrer Verglasung u. s. w. Mittelbar sind also alle diese Sachen zugleich wesentliche Bestandteile des Grundstücks, auf dem das Gebäude steht, es sei denn, daß das Gebäude ausnahmsweise[15]) nicht als Bestandteil des Grundstücks gilt. — Dauernd eingefügte Sachen, die nicht zur Herstellung des Gebäudes dienen, wie etwa ein festfundamentierter Kachelofen, sind (regelmäßig) unwesentliche Bestandteile. — Sachen endlich, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke, z. B. nur für die Benutzung durch den jetzigen im Gebäude wohnenden Eigentümer, eingefügt sind, wie etwa Kronleuchter, Rollläden, eiserne Öfen, sind überhaupt nicht Bestandteile des Gebäudes.

b) Das ältere Recht hatte es zugelassen, daß das Eigentum der verschiedenen Stockwerke des nämlichen Hauses verschiedenen Personen zustehe (Stockwerks- oder Geschoßeigentum). Daran hatten auch neuere Partikularrechte festgehalten, z. B. das badische, württembergische.[16]) Das Reichsgesetzbuch kennt dagegen ein Stockwerkseigentum nicht; denn jedes Stockwerk ist ja ein „wesentlicher" Bestandteil des ganzen Hauses.

II. Mehrere Sachen, von denen keine Bestandteil der andern ist, können dennoch rechtlich zusammenhängen, derart, daß die eine Sache die Hauptsache, die andere das Zubehör oder die Pertinenz der Hauptsache ist.

1. Vorausgesetzt ist, daß das Zubehörstück bestimmt ist, dem wirtschaft-

---

11) RGB. 95. 12) RGB. 95. 13) RGB. 96.
14) RGB. 94, 95. 15) In den Fällen 3 b, c.
16) Stobbe 2 § 95 Nr. 2; Kuntze, Kojengenossensch. u. Geschoßeigentum (88).

lichen Zwecke der Hauptsache dauernd zu dienen und daß es „in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zur Hauptsache" steht.[17]) So ist z. B. der Schlüssel Zubehör zum Schrank, sobald er zum Zwecke dauernder Benutzung für diesen Schrank in das Schlüsselloch gesteckt oder am Schranke angehängt ist; Vorfenster sind Zubehör der Hauptfenster und damit des ganzen Hauses, sobald sie in das Haus geschafft sind u. s. w.

Gleichgültig ist, ob der Eigentümer der Hauptsache das Zubehörstück anschafft und zur Hauptsache in das entsprechende räumliche Verhältnis bringt, oder ob ein Dritter dies thut, z. B. ein Mieter; man denke hier etwa an den vom Mieter einer Wohnung angeschafften Hausschlüssel.

2. Manche Nebensachen, deren sich jemand bedient, um die Benutzung einer Hauptsache zu ermöglichen oder zu erleichtern, sind nur subjektiv dem gegenwärtigen Benutzer, nicht aber objektiv dem „wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache" zu dienen bestimmt. Alsdann sind sie nicht Zubehör der Hauptsache.

a) Ob diese Voraussetzung zutrifft, ist im allgemeinen nach der Verkehrssitte[18]) zu bestimmen, insbesondere danach, ob es üblich ist, bei Veräußerung der Hauptsache die Nebensache zurückzubehalten; so wird z. B. das Zaumzeug nicht als Zubehör des Pferdes gelten; so sind ferner in manchen Gegenden die Öfen, der Herd und die Badeeinrichtung Zubehör der Wohnung, während sie in anderen Gegenden es nicht sind.

b) Für einige Hauptsachen hat nicht die Sitte, sondern das Gesetz den Kreis der Zubehörstücke näher bestimmt, und zwar, deutscher Anschauung folgend, viel weiter als im römischen Recht.[19]) Es sollen nämlich Zubehör sein: 1. bei Mühlen, Fabriken u. dgl. die zum Betriebe bestimmten Gerätschaften, 2. bei einem Landgut das zum Wirtschaftsbetriebe bestimmte Gerät und Vieh — also das Zugvieh und das zur Gewinnung von Dünger gehaltene Vieh, nicht aber eine Schafherde, nicht Mastochsen —, ferner der vorhandene, auf dem Gute gewonnene Dünger, endlich alle landwirtschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind, zu welcher gleichartige Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, z. B. das Saatkorn, das Viehfutter.

3. Grundstücke können, wie zu 2. gezeigt, ein Zubehör haben, aber selber nicht Zubehör sein.[20]) So ist der Garten nicht Zubehör des Hauses, sondern Haus und Garten sind entweder Teile eines Grundstücks oder zwei selbständige Grundstücke.

4. Ein Zubehörstück verliert seine Zubehöreigenschaft, wenn es dauernd von der Hauptsache getrennt wird. Vorübergehende Trennung dagegen,

---

17) RGB. 97. 18) RGB. 97.
19) RGB. 98. 20) RGB. 97.

z. B. wenn ein Landwirt seine Dreschmaschine zur Ausbesserung in die Stadt schickt, ist gleichgültig.[21])

5. Obschon das Zubehörstück körperlich eine selbständige Sache ist, wird es doch rechtlich wie ein Bestandteil der Hauptsache behandelt, und zwar wie ein „unwesentlicher" Bestandteil.[22]) Ein einheitliches Recht umspannt also regelmäßig Hauptsache und Zubehör;[23]) sollen Hauptsache und Zubehör rechtlich gezweit werden, so ist das eine Ausnahme, die zwar zulässig ist, gerade wie bei unwesentlichen Bestandteilen auch, aber besonders begründet werden muß, z. B. durch eine ausdrückliche Vereinbarung der Beteiligten oder dadurch, daß der Eigentümer der Hauptsache das Zubehörstück gestohlen hat. — Der enge Zusammenhang zwischen dem Recht an der Hauptsache und dem am Zubehör ergiebt sich namentlich daraus, daß der Erwerber eines Grundstücks im Zweifel auch das Grundstückszubehör miterwirbt,[24]) und zwar ohne besondere Übergabe des Zubehörs.[25]) Anders, wenn die Hauptsache beweglich ist; denn alsdann erlangt deren Erwerber das Zubehör nur, wenn es ihm übergeben wird; indes darf man nicht sagen, daß in dieser Beziehung das Zubehör anders behandelt wird, wie unwesentliche Bestandteile; freilich ist bei letzteren die Mitübergabe an den Erwerber meistens so selbstverständlich, daß man sie nicht weiter hervorhebt; sollte aber einmal ein Veräußerer einen unwesentlichen Bestandteil der zu veräußernden Sache nicht mitübergeben (etwa im Falle von RGB. 930), so würde der Erwerber zweifellos an diesem Bestandteil so wenig Eigentum erlangen, wie an einem nicht mit übergebenen Zubehörstücke. — Über die Verpfändung von Schiffen siehe RGB. 1265.

III. 1. Mehrere selbständige Sachen können thatsächlich in Beziehung zu einander gesetzt werden, ohne daß eine von ihnen Hauptsache, die andere Zubehör wird. Man spricht alsdann von einem S a c h i n b e g r i f f.[26]) Ein solcher Sachinbegriff umfaßt entweder eine Reihe i n d i v i d u e l l bestimmter Einzelsachen — z. B. ein bestimmtes Exemplar von Brehms „Tierleben" in 10 Bänden — oder er umfaßt eine Mehrheit w e c h s e l n d e r Sachen, so daß der Inbegriff eine wesentliche Änderung nicht erleidet, mag auch eine zu ihm gehörige Sache ausscheiden oder eine nicht zu ihm gehörige Sache hinzutreten z. B. eine ganze Bibliothek, ein Warenlager, eine Herde Schafe.

2. Der Sachinbegriff ist eine einheitliche Sache, die deshalb auch einem einheitlichen Rechte unterliegt, mag es sich um dingliche Berechtigungen oder um obligatorische Ansprüche handeln.[27]) Dies wird in dinglicher Beziehung namentlich bei dem Nießbrauch an einem Inbegriff, z. B. einem landwirt-

---

21) RGB. 97 Abs. 2. 22) Siehe oben S. 124.
23) RGB. 314, 2164, 926, 1031, 1120.
24) RGB. 926, 1031, 1120.
25) Siehe auch RGB. 1048.
26) Gierke bei B. u. F. Heft 18 S. 106 (89); Fuchs, Wesen der Dinglichkeit S. 79.
27) Abw. Mot. 3 S. 28; Eck S. 23.

schaftlichen Inventar deutlich[28]); er hat einen ganz anderen Inhalt, als wenn er an den Inventarstücken als Einzelsachen bestellt worden wäre.

3. Doch erdrückt das einheitliche Recht, welches den Inbegriff als solchen umfaßt, nicht unbedingt die an den einzelnen zugehörigen Sachen etwa bestehenden Sonderrechte, wie ja auch bei der Einzelsache das an ihr bestehende Recht nicht alle an ihren Bestandteilen bestehenden Sonderrechte ausschließt. So kann es z. B. vorkommen, daß ein in meiner Bibliothek befindliches Buch nicht mir, sondern einem meiner Freunde gehört.

Zusatz. I. Die Regeln des § 42, soweit sie sich auf obligatorische Verträge beziehen, gelten nur, wenn der Erfüllungsort in Deutschland liegt; soweit sie sich auf dingliche Rechte beziehen, gelten sie nur, wenn die betreffende Sache sich in Deutschland befindet.

II. Die Regeln des § 42 gelten, soweit sie sich auf obligatorische Verträge beziehen, nur, wenn der Vertrag nach 1. Jan. 1900 abgeschlossen ist; soweit sie sich auf dingliche Rechte beziehen, gelten sie dagegen, auch wenn die Rechte vor 1900 begründet sind; nur ein vor 1900 begründetes Stockwerkseigentum soll auch nach 1900 fortgelten; ebenso ein getrenntes Eigentum an Bäumen oder an stehenden oder hängenden Früchten eines Grundstücks.[29])

b) Früchte, Nutzungen, Lasten der Sachen.[1])

§ 42.

1. Viele Sachen haben die wirtschaftliche Bestimmung, einen dauernden Ertrag zu liefern. Man nennt diese Sachen fruchttragend; den Ertrag, welchen sie bestimmungsmäßig liefern, nennt man Frucht. Und zwar unterscheidet man zwei Arten der Früchte.

a) Natürliche Früchte, die man aus einer fruchttragenden Sache vermöge körperlicher Ausbeutung gewinnt. Hierher gehören zunächst die wiederkehrenden organischen Erzeugnisse der Sache, z. B. beim Landgut das Korn und das Gras, bei der Kuh das Kalb, die Milch, der Dünger. Aber auch z. B. bei der Quelle das Wasser, beim Steinbruch das Gestein, beim Eisenbergwerk das Erz gehört hierher.

b) Rechtsfrüchte, die man aus der fruchttragenden Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewinnt. Hierher gehört z. B. bei einem vermieteten Hause der Mietszins.

2. a) Nicht zu den Früchten gehört z. B. bei der Kuh das Fell und das Fleisch, beim Felde der darin gefundene Schatz, beim Hause der durch Verkauf erzielte Preis: denn es handelt sich hier überall um einmalige, nicht um dauernde Erträge.

b) Bäume können als Frucht des Grundstücks, auf welchem sie wachsen, nur insoweit gelten, als sie nach wirtschaftlicher Anschauung einen dauernden, regelmäßig wiederkehrenden Ertrag des Grundstücks darstellen. Sonach sind

---

28) RGB. 1048, 1035; siehe auch 588.

29) EG. Art. 181, 182.

1) Göppert, Die organischen Erzeugnisse (69); v. Petražycki, Einkommen (93).

bei einem Waldgrundstück die Baumstämme nur soweit Frucht, als sie nach forstwirtschaftlicher Regel planmäßig zur Abholzung kommen, nicht dagegen z. B. die durch einen Orkan umgestürzten Stämme; bei Obstgärten sind die Baumstämme überhaupt nicht Frucht, sondern nur das Obst und das überflüssige Geäst. — Doch giebt es einen weiteren Sprachgebrauch, der sämtliche organische Erzeugnisse einer Sache, auch wenn sie keinen dauernden Ertrag darstellen, als Frucht bezeichnet, so daß, ohne Rücksicht auf die eben behauptete Einschränkung, alle Bäume ausnahmslos als Frucht des Grundstücks, auf welchem sie gewachsen sind, zu gelten haben. Auch das Reichsgesetzbuch § 99 schließt sich diesem Sprachgebrauch an, freilich nur, um in späteren Paragraphen [2]) doch wieder auf den engeren Fruchtbegriff zurückzukommen.

Unklar ist, ob das Reichsgesetzbuch auch einen Baum, der in ein Grundstück eben erst eingepflanzt ist, als Frucht dieses Grundstücks ansieht. Nach seinem Wortlaut gewiß nicht; denn der Baum ist weder Erzeugnis noch bestimmungsmäßige Ausbeute des Grundstücks! Sollte aber das Reichsgesetzbuch wirklich im Ernst zwischen verpflanzten und autochthonen Bäumen unterscheiden wollen?

3. Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist — z. B. der unredliche Besitzer eines Landguts, welcher außer dem Gut die von ihm gewonnene Ernte an den Gutseigentümer herausgeben muß, — kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten fordern, jedoch nur soweit, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen; seine Verpflichtung geht also nur auf den Reinertrag der fruchttragenden Sache, nicht auf ihren Rohertrag.[3])

4. Wenn das Recht einer Person, die natürlichen Früchte einer Sache zu beziehen, erlischt und einem Nachmann anheimfällt, so fragt es sich, wie die Früchte der laufenden Wirtschaftsperiode zwischen dem Vormann und dem Nachmann zu verteilen sind.[4])

a) Das ältere Recht gab dem Vormann alle Früchte, für die er die Bestellungsarbeit geleistet hatte („wer sät, der mäht"); fiel die Ernte dieser Früchte in die Zeit, wo das Nutzungsrecht des Vormanns bereits erloschen war, so mußte der Nachmann dem Vormann oder seinen Erben die nachträgliche Ernte gestatten oder aber, wenn er selber erntete, den Ernteertrag herausgeben.[5]) An diesem altdeutschen Rechtsgrundsatz hat das sächsische Recht noch bis in die neueste Zeit festgehalten.[6]) Einen ganz anderen Standpunkt nahm dagegen nach römischem Vorbilde das gemeine Recht ein. Nicht darauf, ob der Vormann die Bestellungsarbeit geleistet hatte, sollte es ankommen, sondern

2) RGB. 1036 Abs. 2, 1038, 581, 1383 u. s. w.
3) RGB. 102.
4) Mein Aufsatz bei B. u. F. 13 S. 4 (89); Petrażycki, Fruchtverteilung (92).
5) Ssp. III, 76 § 4; Stobbe, Beitr. z. Gesch. d. D. Rechts (65) S. 59.
6) Sächs. Gb. 76.

darauf, ob während der Dauer seines Nutzungsrechts die Früchte von der fruchttragenden Hauptsache getrennt worden waren; war dies der Fall, so blieben die Früchte ihm oder seinen Erben; fand die Trennung später statt, so fielen die Früchte an den Nachmann.[7]) Nicht der Säer also empfing das Korn, sondern der Mäher: wer gesäet hatte und vor dem Mähen sein Recht verlor, büßte die Ernte ein und bekam nicht einmal Ersatz für seine Arbeit und Auslagen.

b) Das preußische Recht hatte zwischen dem deutschen und dem römischen Recht vermittelt, indem es sowohl dem Vor-, wie dem Nachmann, sowohl dem Säer wie dem Mäher einen Anteil am Gewinn ließ; es sah nämlich darauf, welcher Teil des letzten Wirtschaftsjahrs (bei Landgütern vom 1. Juli ab gerechnet) in die Nutzungszeit des Vormanns, welcher Teil in die Nutzungszeit des Nachmanns fiel und verteilte den Reinertrag des ganzen Jahres zwischen beiden nach Verhältnissen der Dauer ihres Nutzungsrechts.[8])

c) Das Reichsgesetzbuch § 101 schließt sich an das römisch-gemeine Recht an: es weist also dem Vormann nur die Frucht zu, die noch zur Zeit seines Nutzungsrechts von der fruchttragenden Hauptsache getrennt ist, während die später getrennte Frucht dem Nachmann gebührte. Doch nötigt bei landwirtschaftlichen Grundstücken das Reichsgesetzbuch den Nachmann, seinem Vormann alle Kosten zu ersetzen, die dieser nach den Regeln ordentlicher Wirtschaft auf die dem Nachmann zufallende Frucht verwendet hat, jedoch nicht über den Wert der Frucht hinaus.[9]) So entgeht dem Vormann freilich der Gewinn der Ernte, aber er hat doch nicht geradezu Schaden, abgesehen von dem Fall, wo der Wert der Ernte die Kosten nicht deckt; der Nachmann aber erhält nicht den Roh-, sondern nur den Reinertrag der Ernte:

Beispiel: ein Feld ist im August mit Raps bestellt; der Raps wird im Juni geerntet; die Bestellungskosten betragen x, die Erntekosten y, der Rohertrag der Ernte z; an dem Felde hatte A. den lebenslänglichen Nießbrauch; am 1. Juni stirbt A., damit erlischt sein Nießbrauchsrecht und das Recht auf die Früchte geht nicht auf seinen Erben B. über, sondern fällt dem Grundstückseigentümer C. zu. Hier erhält nun nach altdeutsch-sächsischem Recht B. $z - (x + y)$, während C. leer ausgeht; nach gemeinem Recht bekommt C. dagegen $z - y$, während B. mit $-x$ belastet wird; nach preußischem Recht bekommt B. $\frac{11\,(z - [x + y])}{12}$, C. den Rest; nach dem RGB. hat endlich C. zu bekommen $z - (x + y)$, während B. gewinn- und lastenfrei ausgeht. Auf die laufenden sich auf das ganze Wirtschaftsjahr verteilenden aus den Früchten zu bestreitenden Ausgaben, z. B. auf die Grundsteuern, das Inspektorgehalt ist bei obiger Rechnung der Einfachheit wegen keine Rücksicht genommen.

5. Eine ähnliche Frage wie bei der Verteilung der natürlichen Früchte kann bei der Verteilung der Rechtsfrüchte entstehen. Das gemeine Recht überwies hier dem Vormann alle Rechtsfrüchte, welche während der Dauer seiner Berechtigung fällig wurden, während das preußische Recht ohne Rück-

7) Petražycki in der Anm. 5 genannten Schrift. Eine Ausnahme galt im Dotalrecht.
8) Pr. LR. I, 7 § 197flg.
9) RGB. 592, 998, 1055, 1421.

sicht auf den Fälligkeitstag dem Vormann einen der Dauer seiner Berechtigung entsprechenden Anteil der Rechtsfrüchte zuwies. Das Reichsgesetzbuch folgt

a) der preußischen Methode bei allen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen, also namentlich bei Miets- und Pachtzinsen;

b) der gemeinrechtlichen Methode bei unregelmäßigen Erträgen, z. B. bei der Entschädigung, die der Nießbraucher eines Landguts für die Verhagelung der Ernte von der Hagelversicherungsgesellschaft zu fordern hat.[10])

6. Ein weiterer Begriff als der der Frucht ist der der Nutzung. Die Nutzung umfaßt nämlich außer der Frucht auch jeden Vorteil, den man durch den Gebrauch einer Sache gewinnt, also z. B. den Vorteil, den man dadurch hat, daß man sein Haus, statt es zu vermieten, selber bewohnt.[11]) Doch muß der Gebrauch eine gewisse Dauer haben, ähnlich wie die Ziehung der Früchte; er darf also nicht im Verbrauch des Guts bestehen.

7. Das Gegenstück zu den Nutzungen der Sache bilden die auf der Sache ruhenden Lasten. Folgen auf einander mehrere Personen, welche die Lasten der Sache zu tragen haben, so werden die Lasten unter sie nach der gleichen Methode verteilt wie die Rechtsfrüchte:

a) regelmäßig wiederkehrende Lasten, z. B. Grundsteuern, Hypothekenzinsen werden zwischen Vormann und Nachmann nach Verhältnis der Dauer ihrer Verpflichtung verteilt;

b) unregelmäßige Lasten, z. B. einmalige Beiträge, welche Hausbesitzer zur Anlegung des Bürgersteigs oder der Kanalisation zu leisten haben, treffen denjenigen, der zu der Zeit, da die Last fällig wurde, verpflichtet war.[12])

8. Weitere Regeln über Früchte, Nutzungen und Lasten sind erst bei den einzelnen Rechtsinstituten, z. B. bei der Pacht, dem Nießbrauch zu erwähnen. Allgemeingültig ist nur die Regel, daß alle natürlichen Früchte so lange, als sie nicht von der fruchttragenden Sache getrennt sind (gemäß der oben S. 124 gemachten Feststellung) notwendig den gleichen dinglichen Rechten unterliegen, wie die fruchttragende Sache selbst. Denn solange gelten sie als wesentliche Bestandteile der Hauptsache.

c) Unbewegliche und bewegliche Sachen.

§ 43.

1. Die körperlichen Sachen sind entweder unbeweglich (Liegenschaften, Immobilien, in der früheren Rechtssprache Eigen oder Erbe genannt) oder beweglich (Fahrnis, fahrende Habe, Mobilien).

2. Unbeweglich sind nur die Grundstücke; mit ihnen sind natürlich alle

---

10) RGB. 101 Abs. 2.
11) RGB. 100. 12) RGB. 103.

ihre Bestandteile, also z. B. ein in dem Grundstück befindliches Bergwerk, ferner die stehenden und hängenden Früchte, regelmäßig auch die Gebäude unbeweglich; unbeweglich ist auch das Grundstückszubehör, solange seine Zubehöreigenschaft dauert.[1])

Alle anderen Sachen sind beweglich. So auch die Gebäude, wenn einer der Ausnahmefälle vorliegt, wo sie nicht Bestandteil des Grundstücks sind, auf dem sie stehen.[2]) So auch die Schiffe, obschon sie im älteren Recht und, wenigstens was das Schiffspfandrecht betrifft, auch im neueren Recht ähnlich wie Grundstücke behandelt werden.

3. Unser altes Recht hat Liegenschaften und Fahrnis grundsätzlich verschieden behandelt; namentlich im Sachenrecht gab es keine einzige Regel, die für beide Arten von Sachen gemeinsam galt. Demnach konnte man sagen, daß in älterer Zeit überhaupt gar kein einheitliches Sachenrecht, sondern nur ein Sachenrecht der Liegenschaften und ein Sachenrecht der Fahrnis bestand. Ähnlich auch im heutigen Recht: der Eigentumserwerb, die Eigentumsklage, die Verpfändung u. s. w. ist bei Liegenschaften anders geregelt als bei Fahrnis; ebenso das Recht der Ehegatten an ihrem beiderseitigen Vermögen, das Recht der Eltern am Vermögen der Kinder, des Vormundes am Vermögen des Mündels, die Form obligatorischer Verträge u. dgl.

4. Über sog. Immobiliargerechtigkeiten s. unter S. 142 Nr. 2 b.

d) Vertretbare, verbrauchbare, teilbare Sachen.

§ 44.

1. a) Vertretbar heißen solche Sachen, die im Verkehr nicht um ihrer individuellen Eigenschaften willen, sondern nur als Stücke einer gewissen Gattung in Betracht zu kommen pflegen; gewöhnlich werden sie deshalb auch beim Abschluß von Rechtsgeschäften nicht individuell, sondern bloß nach Art und Menge (Maß, Zahl, Gewicht) bestimmt[1]); man nennt sie auch Fungibilien oder Quantitätssachen z. B.: Bücher (ungebunden oder in Fabrikeinband), Mehl, Wein, Geld. Nicht vertretbar sind z. B. Grundstücke, Kunstwerke, nach Maß gefertigte Kleider, Pferde. — Den Parteien ist es unbenommen, von dieser Regel abzugehen, also entweder eine Sache, die im Verkehr allgemein als vertretbar gilt, doch individuell zu behandeln (z. B. Ankauf eines bestimmten, gezeichneten Fasses Wein) oder umgekehrt eine Sache, die im Verkehr allgemein individuell behandelt wird, doch nur nach Art und Menge zu bestimmen (z. B. Ankauf von 12 holsteinschen, sieben- bis achtjährigen Ackerpferden).

b) Für vertretbare Sachen gilt die Bestimmung, daß sie, wenn sie von

---

1) Siehe oben 127 Nr. 5, 131 Nr. 8.

2) Albw. Eck S. 24.

1) RGB. 91.

einem Gesellschafter in die Gesellschaft eingebracht werden, im Zweifel Eigentum der Gesellschaft werden; ferner liegt der Begriff der vertretbaren Sache dem Darlehnsbegriff zu grunde[2]) u. s. w.

c) Viele vertretbare Sachen werden so regelmäßig umgesetzt, daß sich für sie an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit ein gleichmäßiger Preis ausbildet. Von solchen Sachen sagt man, daß sie einen Markt- oder Börsenpreis haben, mag ihr Umsatz auch nicht auf Märkten oder Börsen, sondern etwa in Läden erfolgen. Hierher gehört z. B. Mehl, Spiritus, Kohle, Eisen. Den Gegensatz bilden Sachen, die nur einen Gelegenheitspreis haben, wie etwa Bücher, die im Buchhandel vergriffen sind. — Waren mit Marktpreis sind namentlich durch erleichterten Pfandverkauf ausgezeichnet.[3])

2. a) Verbrauchbar heißen Sachen, die durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch verbraucht, d. h. zerstört oder schnell abgenutzt werden, z. B. Wein, Arbeitskleider. Ihnen stehen solche Sachen gleich, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht, z. B. Geld, Banknoten; gewisse Sachen sind hiernach bald verbrauchbar, bald nicht verbrauchbar, je nach der Art ihres Vorkommens; so sind Bücher verbrauchbar, wenn sie dem Lager eines Buchhändlers angehören, weil sie hier zur Veräußerung bestimmt sind, unverbrauchbar, wenn sie einer Bibliothek angehören.[4]) — Die verbrauchbaren Sachen sind fast immer zugleich vertretbar; dagegen sind die vertretbaren Sachen nicht immer verbrauchbar, z. B. Eisen.

b) Verbrauchbare Sachen sind u. A. durch die Regel ausgezeichnet, daß, wenn sie einer verheirateten Frau oder einem Kinde in elterlicher Gewalt gehören, der Ehemann oder der Gewalthaber sie frei veräußern und sogar für sich selbst verbrauchen kann.[5])

3. a) Teilbar sind Sachen, die in gleichartige Teile zerlegt werden können, ohne daß dadurch die Bestimmung der Sache oder ihr Wert geändert wird, z. B. ein unbebautes Grundstück, ein Haufen Kohlen oder Mehl, ein geschlachteter Ochse, nicht dagegen (regelmäßig) ein Haus, ein Stuhl, ein lebender Ochse.

b) Für die Lieferung teilbarer Sachen gelten die Regeln von den teilbaren Leistungen.[6]) Auch werden teibare Sachen bei einer Erbschafts- oder sonstigen Vermögensteilung anders behandelt wie unteilbare.[7])

---

2) RGB. 706, 607; siehe auch RGB. 700, 783, 243, 279, 300, 480, 491, 524, 2182, 2183.

3) RGB. 1221, 1235, 1295; siehe auch RGB. 385, 453, 764; ferner HGB. 311, 343, 354 u. s. w.; Börsengesetz v. 22. 6. 96 § 71 u. s. w.

4) RGB. 92.

5) RGB. 1376. Siehe auch RGB. 706, 1067, 1075, 1087, 1377, 1411, 1540, 1653, 1659.

6) Siehe unten § 85.

7) RGB. 420, 752, 731, 2042.

e) Geld.[1])

§ 45.

1. Geld sind alle Sachen, welche in erster Reihe dazu bestimmt sind, als Tauschmittel zu dienen, und deshalb im Verkehr regelmäßig nicht um ihrer selbst willen genommen werden, sondern zum Zwecke des Austausches gegen andere Güter. Weil das Geld allgemeines Tauschmittel ist, dient es zugleich als Wertmesser für den Wert der anderen Sachen.

Das Geld dient auch als Zahlungsmittel; doch darf diese seine Bestimmung nicht in die Begriffsbestimmung des Geldes aufgenommen werden, weil der Begriff der Zahlung und also auch des Zahlungsmittels den Begriff des Geldes bereits als gegeben voraussetzt.[2]) Siehe auch unten zu 5d.

2. Von deutschem Gelde sind nach der heutigen, namentlich auf dem Reichsgesetz vom 9. Juli 1873 beruhenden Währung[3]) folgende Arten zu unterscheiden.

a) Münzen, die vom Deutschen Reiche ausgegeben sind; nämlich:

α) Goldmünzen zu 20 und 10 Mark. Bis 1879 wurden auch Goldmünzen zu 5 Mark ausgeprägt; sie werden allmählich eingezogen.

β) Scheidemünzen, silberne zu 5, 2, 1, $^1/_2$ und $^1/_5$ Mark, Nickelmünzen zu $^1/_5$[4]), $^1/_{10}$ und $^1/_{20}$ Mark, kupferne zu $^1/_{50}$ und $^1/_{100}$ Mark; auf Erfordern werden größere Beträge Scheidemünzen vom Reich gegen Gold eingewechselt, und zwar Silbermünzen im Betrage von mindestens 200, Nickel- und Kupfermünzen im Betrage von mindestens 50 Mark[5])

b) Münzen, die von den früheren deutschen Staaten einschließlich Österreichs ausgegeben sind, nämlich silberne Thaler; sie dürfen seit 1872 nicht mehr neu ausgeprägt werden; die Einwechslung gegen Gold kann nicht gefordert werden.

c) Geldscheine:

α) Papiergeld, vom Deutschen Reiche ausgegeben und auf Erfordern vom Reiche gegen Münzen einzuwechseln, nämlich „Reichskassenscheine" zu 50, 20 und 5 Mark.

β) Banknoten, ausgegeben von der Reichsbank und sieben anderen privi-

---

1) Hartmann, über den rechtl. Begriff des Geldes (68); Soetbeer, D. Münzverf. (74); Savigny, Obligationenrecht 1 § 40 flg. (51); Goldschmidt, Handelsrecht 1 § 99 flg. (1. Aufl. 68); R. Koch, in Endemanns Handb. des Handelsrechts 2 S. 113 (82); Laband, Staatsrecht des D. Reichs 2 § 76 (3. Aufl. 95); Gierke, Ztsch. f. Handelsrecht 29 S. 249 (84).

2) Abw. Laband 2 S. 151[1].

3) Die grundlegenden deutschen Gesetze sind: über gemünztes Geld RGes. v. 4. 12. 71 und 9. 7. 73, über Papiergeld RGes. v. 30. 4. 74, über Banknoten RGes. v. 14. 3. 75.

4) RGes. v. 1. 4. 86.

5) RGes. v. 73 Art. 9.

legierten Zettelbanken, auf Erfordern von der ausgebenden Bank gegen Gold oder Silberthaler einzuwechseln, zu 1000, 500 und 100 Mark.

3. a) Der Werth der einzelnen Geldsorten wird amtlich festgesetzt, sei es durch einen Prägestempel oder Aufdruck auf dem Geldstücke, sei es durch besondere gesetzliche Bestimmung. Und zwar wird für die deutschen Geldstücke als Werteinheit die Mark angenommen, indem alle Münzen auf eine gewisse Anzahl von Mark oder auf eine gewisse Anzahl von Markthunderteln (Pfennigen) lauten, der Thaler aber als drei Mark wert abgeschätzt ist.[6]) Dieser ausdrücklich festgesetzte Wert wird als Nennwert des Geldes bezeichnet.

Bei Banknoten scheint ein Nennwert zu fehlen; so nennt sich z. B. ein Hundertmarkschein nicht schlechtweg „Hundert Mark", sondern er verspricht nur, daß auf Erfordern dem Überbringer 100 Mark gezahlt werden sollen. Indes ist der zweifellose Sinn, den das Gesetz und auch der thatsächliche Verkehr mit dem Hundertmarkschein verbindet, daß der Schein einen Wert von 100 Mark darstellen solle.

b) Die Feststellung des Nennwertes des Geldes ist insoweit unvollständig, als sie gerade den Hauptpunkt, nämlich den Wert der Mark, nicht mitumschließt: die Feststellung des Markwerts ist vielmehr der Abschätzung im freien Verkehr überlassen und kann deshalb von Tag zu Tag schwanken. So hat also die Festsetzung des Nennwertes unseres Geldes nur den Sinn, daß sie das Wertverhältnis unter den verschiedenen zu unserer Währung gehörigen Geldstücken untereinander bestimmt.

Außerdem ist auch das Wertverhältnis zwischen der Mark einerseits und den Geldstücken der vor 1873 herrschenden deutschen Währungen andrerseits gesetzlich bestimmt; so soll z. B. der frühere süddeutsche Gulden jetzt in $1^5/_7$ Mark umgerechnet werden.[7]) Indes soll hiermit nicht der Wert der Mark auf die Dauer festgesetzt, sondern umgekehrt der Wert der älteren Geldstücke unter der Herrschaft der neuen Währung bestimmt werden.

c) Der Nennwert des Geldes hat zwingende Bedeutung; d. h. wer eine bestimmte Geldzahlung zu fordern oder zu leisten hat oder thatsächlich empfängt oder leistet, darf und muß den Wert der Zahlung nach dem Nennwert der gezahlten Geldstücke berechnen. Doch gilt dies nur für Goldmünzen und Silberthaler allgemein und unbeschränkt. Dagegen braucht der Empfangsberechtigte Scheidemünzen nur beschränkt anzunehmen, nämlich Silberscheidemünzen nur bis zum Betrage von zwanzig, Nickel- und Kupfermünzen nur bis zum Betrage von einer Mark; bloß die Staatskassen der Reichs- und der Einzelstaaten sind zur Annahme von Scheidemünzen unbeschränkt verbunden.[8]) Papiergeld ferner brauchen Private überhaupt nicht anzunehmen, während die Staatskassen des

6) RGes. v. 73 Art. 15.

7) RGes. v. 73 Art. 14.

8) RGes. v. 73 Art. 9.

Reichs und der Einzelstaaten auch hier zur Annahme unbeschränkt verpflichtet sind.[9]) Banknoten endlich sind weder Private noch Staatskassen anzunehmen verbunden; hier haben nur die Zettelbanken die Annahmepflicht, aber jede Zettelbank nicht bloß für die von ihr selbst, sondern auch für die von den anderen Banken ausgegebenen Noten.[10]) Doch entbehrt auch in den Fällen, wo ein Annahmezwang nicht besteht, der Nennwert der Geldstücke eine zwingende rechtliche Bedeutung nicht ganz; z. B. muß, wer eine Zahlung in Banknoten freiwillig angenommen hat, sie als Zahlung zum vollen Nennwert der Banknoten gelten lassen.

Zwingendes Recht im strengen Sinne (oben S. 32) ist übrigens die Bestimmung des Geldnennwerts gegenüber Privaten nie; es steht zum Beispiel nichts entgegen, daß der Gläubiger bei Hingabe eines Darlehns sich Rückzahlung in Silberthalern nur zum Metallwert der Thaler ausbedingt.

d) Die Festsetzung des Nennwertes unserer Münzen schließt sich an deren Metallwert an, jedoch zum Teil in sehr lockerer Weise.

α) Zunächst lautet nämlich der Nennwert aller zu derselben Art gehörigen Goldstücke gleich, obschon doch ihr Metallwert durch kleine Ungenauigkeiten der Prägung und durch allmähliche Abnutzung notwendig ein ungleicher ist.

Kommt thatsächlich eine Goldmünze vor, die durch einen Prägungsfehler oder allmähliche Abnutzung ein Mindergewicht hat, so wird unterschieden. 1. Ist das Mindergewicht nicht mehr als $^{5}/_{1000}$ des Normalgewichts (Passiergewicht), so gilt die Münze als vollwichtig, ihr Nennwert wird also mit zwingender Gewalt gegen jedermann aufrecht erhalten. 2. Ist das Mindergewicht größer, so wird der Nennwert der Münze zwar gleichfalls aufrecht erhalten, aber nur wie der des Papiergeldes, also zwingend nur gegenüber den Staatskassen; und wenn eine Staats- oder Kommunalkasse, eine Bank oder Kreditanstalt eine solche Goldmünze angenommen hat, so darf sie sie nicht wieder ausgeben, sondern muß sie an die Münzstätte zum Einschmelzen, natürlich gegen Entschädigung, abliefern.[11]) — Die vorstehenden Regeln bedeuten nicht etwa, daß die Münzstätten überhaupt nur zur Ausprägung des Passiergewichts verpflichtet wären; im Gegenteil: die Münzstätten müssen möglichst genau das Vollgewicht zu erreichen suchen und dürfen neu geprägte Münzen, welche nicht genau der Regel entsprechen, nur dann ausgeben, wenn das Mindergewicht an Gold höchstens $^{2}/_{1000}$ und an Gold und Kupfer zusammen $^{2,5}/_{1000}$ des Regelgewichts beträgt.[12]) — Etwas andere Bestimmungen gelten für Scheidemünzen (RGes. v. 73 Art. 10) und für Silberthaler (Münzvertrag v. 1857 Art. 6, 13).

β) Noch weiter als durch diese unvermeidliche Ungleichheit der einzelnen

---

9) RGes. v. 74 § 5.

10) RGes. v. 75 § 2, 19, 44. Nur die Noten der Braunschweiger Bank brauchen bloß von dieser Bank in Zahlung genommen zu werden.

11) RGes. v. 71 § 9.

12) RGes. v. 71 § 7.

Geldstücke der nämlichen Sorte entfernt sich der Nenn- und der Metallwert bei der Scheidemünze. Die Scheidemünzen enthalten nämlich aus münztechnischen Gründen absichtlich viel weniger Metall, als ihrem Nennwert entspricht; sie sind absichtlich minderwertig geprägt. Doch ist dies unschädlich; denn Privatpersonen brauchen ja, wie schon erwähnt, nur geringe Beträge in Scheidemünzen anzunehmen, und das Reich ist, wie gleichfalls schon erwähnt, zur Umwechslung der Scheidemünzen gegen Gold verpflichtet.

γ) Noch anders steht es mit den Silberthalern. Nach der Absicht des Gesetzgebers sollte nämlich ihr Metallwert mit ihrem Nennwert übereinstimmen, da nach dem zur Zeit der Einführung unserer heutigen Währung geltenden Verhältnis zwischen Gold- und Silberwert ($15^1/_2$: 1) der Thaler wirklich für 3 Mark Silber enthielt. Im Laufe der Zeit hat sich aber das Wertverhältnis zu Ungunsten des Silbers so geändert, daß das im Thaler steckende Silber jetzt nur noch einen Wert von etwa $1^1/_2$ Mark hat. Und hier versagt die Hilfe, welche das Gesetz gegen den Minderwert der Scheidemünzen leistet, da ja der Annahmezwang bezüglich der Silberthaler unbeschränkt gilt und eine Pflicht des Reichs, Thaler gegen Gold einzuwechseln, nicht aufgestellt ist. So liegt hier thatsächlich eine Vergewaltigung unseres wirtschaftlichen Verkehrs durch den Gesetzgeber vor. Sie findet aber ihr Maß in dem gegenwärtigen Bestande an Thalern (etwa 133 Millionen Stück, also auf den Kopf der Bevölkerung noch nicht 3 Thaler), da eine Neuprägung von Thalern nicht zulässig ist.

e) Auch bei Papiergeld und Banknoten schließt sich der Nennwert an den Metallwert unserer Münzen an, weil ja die in den Geldscheinen genannten Geldsummen vom Reiche oder der ausgebenden Zettelbank jederzeit in Münzen auszuzahlen sind. Die Auszahlung darf aber nicht bloß in Gold, sondern auch in Silberthalern erfolgen,[13]) kann also hinter dem Nennwert des Geldscheines weit zurückbleiben.

4. Auch die Tauschmittel auswärtiger zivilisierter Staaten sind bei uns „Geld". Allerdings soll ihre Benutzung zum Austausch gegen andere Sachen regelmäßig erst im Auslande erfolgen; allein sie werden doch fürsorglich bereits im Inlande für die spätere Verwendung im Auslande angeschafft, also auch im Inlande als Tauschmittel, d. h. als Geld angesehen. Doch ist bei uns der Nennwert des ausländischen Geldes — ausgenommen bei entgegengesetzter Abrede der Parteien — nicht maßgeblich, sondern sein Kurswert, d. h. der Wert, der ihm im freien Verkehr unter dem Einfluß von Angebot und Nachfrage beigelegt wird.

5. Nicht als Geld anzusehen sind folgende Sachen.

a) Ungültige Geldstücke. Hierher gehören außer gefälschten Stücken namentlich alle Münzen, die nicht durch gewöhnliche Abnutzung, sondern durch gewalt-

13) RGes. v. 74 § 5; v. 75 § 4, 18.

same Behandlung an ihrem Normalgewicht Einbuße erlitten haben, selbst wenn die Einbuße sich in den Grenzen des Passiergewichts bewegt[14]); auch die Staatskassen brauchen derartige Münzen nicht in Zahlung zu nehmen. Ferner Münzen, welche gänzlich außer Umlauf gesetzt sind, z. B. die süddeutschen Geldstücke. Dagegen wird dadurch, daß gewisse Geldstücke im Inlande nicht in Zahlung gegeben und genommen werden dürfen — z. B. die niederländischen Gulden[15]) in ganz Deutschland, die Banknoten der Braunschweiger Bank in ganz Deutschland außer Braunschweig — diesen Geldstücken der Geldcharakter nicht entzogen.

b) Tauschmittel unzivilisierter Völker, z. B. Muscheln.

c) Briefmarken, Zinsscheine, Wechsel und dergl. So oft diese auch thatsächlich bei uns als Tauschmittel verwendet werden, sind sie doch nicht in erster Reihe für diesen Zweck bestimmt.

d) Viele wollen auch die Geldzeichen (Banknoten und Reichskassenscheine) nicht als Geld behandeln, weil Privatpersonen zu ihrer Annahme nicht verbunden sind. Mit Unrecht.[16]) Denn unsere privatrechtlichen Gesetze schließen die Geldzeichen zweifellos in den Geldbegriff ein. Und auch wirtschaftlich sind die Geldzeichen Geld, weil sie in erster Reihe als Tauschmittel zu dienen bestimmt sind.

6. Das Geld ist durch eine große Reihe von Rechtsregeln ausgezeichnet: so ist der Eigentumserwerb an Geld eigentümlich geregelt; der Schuldner muß Geld auf eigene Gefahr und Kosten an den Wohnort des Gläubigers senden[17]) u. s. w.

Zusatz. I. Die Regeln unserer Münzgesetze gelten im allgemeinen für alle Zahlungen, die in Deutschland oder zwar im Auslande, aber nach ausdrücklicher Klausel gemäß deutscher Währung, zu vollziehen sind.

II. Sie gelten für alle Zahlungen, die nach Inkrafttreten der Münzgesetze zu vollziehen sind, selbst wenn die Zahlungspflicht früher entstanden ist. Dies bedeutet eine höchst empfindliche Rückwirkung der Münzgesetze; sie ist dadurch gerechtfertigt, daß alle Verträge und alle Gesetze, welche eine Verpflichtung zur Geldzahlung festsetzen, die Veränderlichkeit der Geldwährung im Auge haben müssen und deshalb im Zweifel nicht die augenblickliche, sondern die jeweilig gültige Währung zum Gegenstande haben; demgemäß sind die österreichischen Eisenbahnen, die sich vor 1873 zur Zahlung ihrer Schuldzinsen „in Thalern" verpflichtet haben, nach 1873 mit Recht zur Zahlung der Zinsen in jetziger deutscher Währung, also unter Ansetzung des Thalerwerts zu 3 Mark, verurteilt worden.[18])

---

14) RGes. v. 71 § 9; v. 73 Art. 10.

15) Bek. v. 22. 1. 74.

16) Z. B. Laband, Staatsrecht S. 151, 169.

17) RGB. 935, 270; s. auch § 1377 Abs. 2, 1806 u. s. w.

18) RG. in der Ztsch. f. Handelsrecht 27 S. 512, 28 S. 283; Hartmann, über internationale Geldschulden (82); abw. Bekker, Couponprozesse (81).

f) Urkunden.

§ 46.

Urkunden sind dazu bestimmt, das Dasein oder Nichtdasein oder die Art und den Umfang eines Rechts zu beweisen. Meist dienen als Urkunden Schriftstücke; doch kommen auch Urkunden anderer Art, z. B. Kerbhölzer vor. Eigentümlich ist den Urkunden, daß sie zu dem Rechte, auf welches sie sich beziehen, der Regel nach auch rechtlich gehören.

1. Entweder erscheint dabei die Urkunde als Zubehör des Gegenstandes dieses Rechts und folgt alsdann dessen rechtlichen Schicksalen; so gehört z. B. der Darlehnsschuldschein dem, der die Darlehnssumme zu fordern hat.[1])

2. Oder umgekehrt: der Gegenstand des Rechts gilt als Zubehör der Urkunde und teilt dann deren rechtliche Schicksale; so steht z. B. das Recht auf eine durch Inhaberpapier verbriefte Geldzahlung dem zu, dem das Eigentum an dem Papier gebührt.[2])

g) Sachen außerhalb des Verkehrs.[1])

§ 47.

1. a) Allem Recht entzogen sind solche Sachen, welche thatsächlich keiner menschlichen Herrschaft unterworfen sind, z. B. Mond und Sterne, das offene Meer, die wehende Luft, das fließende Wasser. Dagegen ist an Luft und Wasser, wenn sie in ein Behältnis gefangen sind, ein Recht wohl möglich.

b) Allem dinglichen Recht entzogen ist der lebende menschliche Körper, weil er ein Stück der menschlichen Person, also keine Sache ist. Für abgetrennte Teile des Körpers und für den Leichnam gilt diese Regel nicht; sie sind Sachen und können Gegenstände dinglicher Rechte sein.

Doch sind Rechtsgeschäfte über einzelne Körperteile und über einen Leichnam nur soweit gültig, als sie mit den Regeln der Sittlichkeit vereinbar sind; diese Voraussetzung trifft z. B. zu, wenn ein Mädchen ihr Haar verkauft oder wenn ein Kranker seine Leiche einem pathologischen Institut vermacht; dagegen trifft die Voraussetzung nicht zu, wenn jemand seinen Leichnam im voraus verkauft.

c) Gewisse Sachen sind dinglichen Rechten nur beschränkt unterworfen, z. B. verbotene Sachen, Sachen im Gemeingebrauch. Hiervon wird bei den Eigentumsbeschränkungen die Rede sein.

2. Soweit ein Recht an einer Sache nicht begründet werden kann, ist

---

1) RGB. 952. 2) Siehe RGB. 793.

1) Wappäus, zur Lehre von den den Rechtsverkehr entzogenen Sachen (67); Meurer, Begriff u. Eigentümer der heiligen Sachen (85); Burckhard in Grünhuts Ztsch. 15 S. 611 (88); Eisele, über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu (73); Die Gutachten von Keller, Jhering und Dernburg über den Baseler Festungsstreit (60/62).

auch ein obligatorischer Vertrag, der auf Begründung eines derartigen Rechts gerichtet ist, ungültig.[2])

3. Unkörperliche Güter.

§ 48.

1. An unkörperlichen Gütern, welche als Gegenstand von Rechten vorkommen, sind namentlich zu nennen:

a) Handlungen und Unterlassungen anderer Personen. Wenn ich mir z. B. ein Haus gekauft habe, welches mir erst aufgelassen und übergeben werden soll, so ist Gegenstand meines Käuferrechts eine zwiefache Handlung des Verkäufers, die Auflassung und die Übergabe des Hauses. Freilich könnte man als Gegenstand meines Käuferrechts auch das gekaufte Haus ansehen; indes habe ich, so lange das Haus mir nicht aufgelassen oder übergeben ist, ein Recht, welches unmittelbar das Haus beträfe, in Wahrheit noch nicht, sondern mein Recht erschöpft sich in den Handlungen, die der Verkäufer für seine Person mir zu leisten hat; das Haus darf deshalb nur als mittelbarer Gegenstand meines Käuferrechts gelten.

b) Erfindungen und sonstige Geisteswerke sind Gegenstand namentlich der Urheberrechte.

c) Als unkörperlicher Gegenstand eines Rechtes kann wenigstens mittelbar auch ein anderes Recht vorkommen. Wenn mir z. B. ein gewerbliches Patent vermacht ist, so ist unmittelbarer Gegenstand meines Vermächtnisrechts eine Handlung des Erben meines Vermächtnisgebers, nämlich, daß der Erbe mir das Patent in gehöriger Form aus dem Nachlaß abtritt. Aber wenigstens mittelbar kommt auch das Patent selber als Gegenstand meines Rechts für mich in Betracht. Unmittelbare Rechte an Rechten giebt es dagegen nicht; dies wird in einem Anhange zum Sachenrecht — bei Besprechung des sogenannten Nießbrauchs und Pfandrechts an Rechten — näher zu zeigen sein.

2. Bei den unkörperlichen Gütern lassen sich ähnliche Arten unterscheiden wie bei den Sachen. So giebt es vertretbare und teilbare Handlungen; als Beispiel der ersteren sei die gewöhnliche Tagelöhnerarbeit, die von jedem Durchschnittstagelöhner gleich gut geleistet wird, als Beispiel der letzteren die Zahlung von 1000 Mark, die ohne wesentliche Änderung in zehn Zahlungen von 100 Mark zerlegt werden kann, genannt. — Auch *Früchte* kommen bei unkörperlichen Gütern vor, freilich nicht natürliche, sondern nur Rechtsfrüchte; so z. B. wenn eine Erfindung verpachtet wird, die Pachtzinsen; ferner sind die Zinsen eines Darlehns die Frucht des dargeliehenen Kapitals u. s. w. Merkwürdig ist hierbei der Sprachgebrauch des Reichsgesetzbuchs: er bezeichnet nämlich die Zinsen hier nicht als Früchte, die das unkörperliche Gut (Erfindung, Kapital), sondern

---

2) RGB. 309.

als Früchte, welche das Recht an diesem Gute (also das Patentrecht des Erfinders, die Kapitalforderung des Darlehnsgebers) trägt: selbst bei einem Bergwerke, welches jemand in den Grenzen eines ihm nicht gehörigen Grundstücks betreibt, soll das geförderte Erz nicht die Frucht des Bergwerks, sondern des Bergwerksrechtes sein.[1]) Indes ist dieser Sprachgebrauch nicht folgerichtig; denn andernfalls müßte man auch den Apfel, den ein in meinem Eigentum und meiner Nutzung stehender Apfelbaum trägt, nicht als Frucht des Apfelbaums, sondern als Frucht meines Eigentums am Baume ansehen.

Unkörperliche Güter können nicht bloß Früchte tragen, sondern auch selber Früchte sein; so sind z. B. die Mietszinsen eines Hauses oder die Darlehnszinsen eines Kapitals nicht erst dann Frucht, wenn sie in klingender Münze oder Geldzeichen bezahlt werden, sondern auch schon vorher, wo sie nichts anderes bedeuten, als eine zukünftige Handlung des Mieters oder Darlehnsnehmers. — Auch ein Zubehörverhältnis kann bei unkörperlichen Gütern vorkommen; so ist z. B. die von einem Bürgen geschuldete Leistung Zubehör zu der dem Hauptschuldner obliegenden Leistung.[2])

4. Inbegriffe von Sachen und unkörperlichen Gütern.[1])

§ 49.

1. Solche Inbegriffe kommen in mannigfachster Art vor. Als wichtigstes Beispiel sei hier nur das Vermögen erwähnt.

a) Das Gesamtvermögen — auch Vermögen schlechthin genannt — umfaßt sämtliche Güter, an denen eine und dieselbe Person ein Recht hat, soweit als dies Recht reicht. Bei vollständiger Gütergemeinschaft steht das nämliche Vermögen mehreren Personen zugleich zu.

b) Das Sondervermögen oder Sondergut umfaßt solche Güterinbegriffe, welche zu dem Gesamtvermögen einer oder mehrerer Personen gehören, aber dauernd eine andere rechtliche Behandlung als die übrigen zu dem oder den nämlichen Gesamtvermögen gehörigen Güter erfahren; so z. B. das Schiffsvermögen des Reeders, das Fideikommißvermögen des Majoratsherrn, das Gesellschaftsvermögen der Gesellschafter.

2. a) Der Ausdruck „Vermögen" wird nicht immer in dem soeben genannten Sinne verwendet. Vielmehr bezieht er sich oft statt auf die Güter auf die Rechte an den Gütern oder genauer: nicht bloß auf die Rechte an den Gütern („Aktiva"), sondern auch auf die darauf ruhenden Lasten („Passiva"), also namentlich auf die Schulden des Berechtigten, insoweit die Gläubiger befugt sind, sich wegen ihrer Forderungen aus jenen Gütern zu befriedigen. Es wird also das Vermögen aus einem Güterinbegriff zu einem Inbegriff von

1) RGB. 99 Abs. 2, 3; 101 Nr. 1. 2) Siehe RGB. 401.

1) Bekker im Jahrb. f. Dogm. 12 S. 128 (73); Birkmeyer, Das Vermögen (79).

Rechten, die an den Gütern bestehen, und von Lasten, die auf den Gütern ruhen. Auch in dieser Bedeutung kann man Gesamt- und Sondervermögen unterscheiden.

b) Sehr oft werden zwei Kategorien des Vermögens — dies Wort in dem zuletzt (zu a) genannten Sinne verstanden — unterschieden, das unbewegliche und das bewegliche. Genau ist die Bezeichnung nicht, weil das Vermögen als eine Summe von Rechtsverhältnissen unkörperlich, also weder beweglich noch unbeweglich ist; es wird dabei eine Eigenschaft, die den körperlichen Gegenständen der Rechte zukommt, auf die Rechte an diesen Gegenständen übertragen und zugleich auf alle Rechte, also auch auf die an unkörperlichen Gütern ausgedehnt. Und zwar wird vom Reichsgesetzbuch zum unbeweglichen Vermögen zuvörderst das Eigentum an Grundstücken samt allen mit diesem Eigentum verbundenen Rechten, z. B. einer Realgewerbegerechtigkeit, sodann der Besitz, die Reallasten, das Erbbaurecht und die Dienstbarkeiten an Grundstücken, endlich alle obligatorischen Forderungen, die auf den Erwerb oder die Aufhebung eines dieser Rechte gerichtet sind, gezählt, während alle anderen Rechte, also auch die Hypotheken, die Grundschulden, die Rentenschulden, die Rechte des Mieters und Pächters als beweglich gelten sollen.[2]) Doch ist diese Bestimmung nur für die Fahrnisgemeinschaft zwischen Eheleuten getroffen; wird also in einem anderen Zusammenhang, z. B. auf Grund testamentarischer Verfügung, zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen unterschieden, so ist der Sinn der Unterscheidung jedesmal besonders zu untersuchen, und es kann wohl sein, daß alsdann im Einzelfall eine Reallast für beweglich, ein Mietsrecht für unbeweglich zu erklären ist.

Daß die Hypotheken als beweglich gelten, wird oft damit gerechtfertigt, daß sie nur ein Zubehör zu einer persönlichen, also beweglichen Forderung sind[3]); das ist nicht richtig; denn auch die Reallasten sind bloß ein Zubehör zu einer „beweglichen" Forderung und gelten doch als unbeweglich. Entscheidend sind vielmehr nicht juristische, sondern wirtschaftliche Erwägungen: die Hypotheken gelten wegen der Art, in der sie regelmäßig abgetreten und gekündigt werden können, als flüssiges, leicht in Geld umzusetzendes, also als wirtschaftlich bewegliches Kapital, während die Reallasten regelmäßig an der gleichen Schwerfälligkeit leiden wie der Grundbesitz, also wirtschaftlich unbeweglich sind.

3. Das Vermögen, mag es als Inbegriff von Gütern oder von Rechten und Lasten aufgefaßt werden, ist thatsächlich eine Einheit und wird als solche auch rechtlich anerkannt. Das zeigt sich namentlich in dem Satze, daß man an einem fremden Vermögen ein von dem Rechte des Vermögensherrn abgeleitetes Recht durch einen einzigen Rechtsvorgang, den man als Gesamtrechtsnachfolge oder Universalsuccession bezeichnet, erwerben kann.

---

2) RGB. 1551, 96. 3) Goldschmidt, Handelsrecht § 59 [7].

a) Die Gesamtrechtsnachfolge kann sich auf ein Gesamtvermögen beziehen; der Hauptfall ist der Erwerb eines Nachlasses durch den Erben; aber auch z. B. der Erwerb des Miteigentums an dem ehefräulichen Vermögen durch den Ehemann bei Gütergemeinschaft oder der Erwerb des Nießbrauchs am ehefräulichen Vermögen durch den Ehemann bei Verwaltungsgemeinschaft gehört hierher. Ebenso kann eine Gesamtrechtsnachfolge auch in ein Sondervermögen stattfinden, z. B. wenn ein Gesellschafter als neues Mitglied in eine Gesellschaft eintritt und dadurch an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt wird.

b) Charakteristisch für die Gesamtrechtsnachfolge ist ein Doppeltes. Erstlich erlangt der Erwerber des Vermögens alle einzelnen zum Vermögen gehörigen Rechte, ohne die besonderen für den Einzelerwerb dieser Rechte vorgeschriebenen Formen beobachten zu müssen; so erlangt der Erbe das Eigentum an den Grundstücken des Erblassers ohne Auflassung, an der Fahrnis ohne Übergabe, an den Wechseln ohne Indossament. Zweitens tritt der Erwerber nicht bloß in die Aktiva des Vermögens, sondern auch in die zugehörigen Schulden ein.

Fünfter Abschnitt.

Entstehung, Änderung, Aufhebung der Rechte.

Einleitung.

§ 50.

1. Eine Rechtswirkung tritt nur ein, wenn eine Rechtsregel es vorschreibt. Die Rechtsregel schreibt aber den Eintritt der Rechtswirkungen nur bedingt vor, nämlich nur für den Fall, daß eine Reihe bestimmter Thatsachen eintreten. Diese Thatsachen zusammen bilden den Thatbestand der Rechtswirkung; jede einzelne dazu gehörige Thatsache bildet ein Thatbestandsstück oder eine juristische Thatsache.

2. Oft schreibt die Rechtsregel vor, daß eine Rechtswirkung nicht eintreten soll, obschon ihr Thatbestand vollständig erfüllt ist, — aus dem Grunde, weil sich zu dem Thatbestande eine weitere ihn durchkreuzende Thatsache hinzugesellt hat, welche den Eintritt der Rechtswirkung ausschließt. So fällt z. B. das Vermögen des Vaters nach seinem Tode kraft gesetzlicher Erbfolge an seine Witwe und seine Kinder; diese Rechtswirkung versagt aber, mag auch ihr Thatbestand — der Tod des Vaters und das Vorhandensein von Witwe und Kindern — erfüllt sein, sobald der Thatbestand durch gewisse andere Ereignisse durchkreuzt wird, sobald z. B. der Vater ein die gesetzliche Erbfolge änderndes Testament errichtet hat.

3. Jede Rechtswirkung hat ihren besonderen, ihr eigentümlichen Thatbestand. Deshalb ist die Zahl der Thatbestände unübersehbar groß, und erst bei den einzelnen Instituten sind die wichtigsten Thatbestände genauer festzustellen. Nur solche Thatbestandsstücke, die in verschiedenen Thatbeständen häufig und gleichmäßig wiederkehren, sind von *allgemeiner* Bedeutung und deshalb

schon hier, im allgemeinen Teile, zu entwickeln. Es sind: die Rechtsgeschäfte, Verschuldung und Zufall, der Zeitablauf, Verfügungen der Staatsgewalt.

I. Rechtsgeschäfte.[1])

1. Begriff.

§ 51.

1. „Rechtsgeschäft“ ist eine Willensäußerung, d. h. eine Handlung, aus welcher das Vorhandensein eines bestimmten Willens auf Seiten der handelnden Person zu folgern ist. Zu der Willensäußerung können als weitere Bestandteile des Rechtsgeschäfts noch andere Vorgänge hinzutreten; so muß z. B. der Eigentümer einer beweglichen Sache, welcher sein Eigentum preisgeben will, nicht bloß den Preisgebungswillen äußern, sondern sich auch der Sache thatsächlich entledigen. Doch ist die Willensäußerung immer das wichtigste Stück des Rechtsgeschäfts. Demgemäß wird im folgenden auch nur von der Willensäußerung zu sprechen sein, während von den übrigen Stücken der Rechtsgeschäfte erst bei Darstellung der einzelnen Rechtsinstitute die Rede sein kann.

2. Nicht jede Willensäußerung ist Rechtsgeschäft, sondern nur diejenige, welche von einer Privatperson ausgeht und vom Gesetz in Gemäßheit des aus der Äußerung zu entnehmenden Willens dieser Person mit Rechtswirkung ausgestattet wird.[2]) Deshalb scheiden aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte namentlich folgende Willensäußerungen aus:

a) Urteile der Gerichte, Pfändungen der Gerichtsvollzieher, Enteignungsbeschlüsse der Verwaltungsbehörden u. s. w.; denn sie sind obrigkeitliche Willensäußerungen. Nur in dem Falle, wo eine Behörde ohne Rücksicht auf ihre obrigkeitliche Gewalt lediglich wie eine Privatperson thätig wird, kann ihre Willensäußerung als Rechtsgeschäft gelten.

Übrigens kann man auch obrigkeitliche Handlungen als Rechtsgeschäfte bezeichnen; nur sind sie dann Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechts, während hier bloß von Rechtsgeschäften des Privatrechts die Rede ist.

b) Unerlaubte Handlungen. Auch sie bekunden deutlich einen bestimmten Willen der handelnden Personen. Aber die Rechtswirkungen, welche das Gesetz an die unerlaubten Handlungen knüpft — z. B. die Schadensersatzpflicht — sind

---

1) Schloßmann, Vertrag (76); Karlowa, d. Rechtsgeschäft u. seine Wirkung (77); Windscheid, Wille u. Willenserklärung (78); Pernice in Grünhuts Zsch. 7 S. 465 (80); Kohler ebenda 13 S. 287 (86); Lenel, Jahrb. f. Dogm. 19 S. 154 (81); Hartmann, Werk u. Wille (88); Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft (79); Ders. in B. u. F. Heft 7—10 (89, 90); Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung, Anfangstermin (89).

2) Enger Gierke, D. Privatr. 1 § 33[2].

keineswegs jenem Willen „gemäß“; sie stehen sogar meist in schroffem Widerspruch zu ihm.

Eine unerlaubte Handlung wird auch dann nicht zum Rechtsgeschäfte, wenn der Handelnde die an die Handlung geknüpfte Rechtswirkung im Einzelfalle wirklich beabsichtigt. Denn auch in diesem Falle tritt die Rechtswirkung nicht ein, weil der Handelnde sie will; der Wille des Handelnden ist vielmehr eine rechtlich gleichgültige Zuthat zu dem Thatbestande der Rechtswirkung, nicht aber Thatbestandsstück.

c) Willensäußerungen ohne Rechtswirkung, z. B. ein Freundschaftsgelöbnis.

3. Nicht zu den Rechtsgeschäften zählen ferner solche Thatbestände, welche eine Willensäußerung oder eine (absichtliche, bewußte) Handlung überhaupt nicht zu enthalten brauchen. So ist z. B. die ununterscheidbare Vermengung beweglicher Sachen kein Rechtsgeschäft; denn ihre Rechtsfolge, — daß nämlich die vermengten Sachen fortab zusammen im Miteigentum aller derer stehen, denen die einzelnen Sachen vor ihrer Vermengung getrennt gehörten — tritt ebenso gut ein, wenn jemand die Vermengung absichtlich herbeigeführt hat, als wenn sie zufällig etwa durch einen Windstoß verursacht ist.

4. Nicht erforderlich für den Begriff des Rechtsgeschäfts ist, daß die Rechtswirkung, welche das Gesetz an das Rechtsgeschäft knüpft, sich mit dem durch das Geschäft geäußerten Willen der Geschäftsparteien völlig deckt; nötig ist nur, daß die Rechtswirkung der Willensäußerung „gemäß“ ist, d. h. in der Richtung der Willensäußerung liegt und dem geäußerten Willen dienen soll. [3]) Deshalb ist z. B. eine Erbeseinsetzung selbst dann Rechtsgeschäft, wenn das Gesetz sie als solche nicht anerkennt, wohl aber als Vermächtnis gelten läßt.

5. Der Begriff „Rechtsgeschäft“ ist offensichtlich von großer Bedeutung. Denn er umfaßt die Fülle der Thatbestände, in welchen der Wille der Privatpersonen maßgeblich hervortritt, in welchen also die Privatautonomie herrscht. Zwar ist die entscheidende Macht, welche die Rechtswirkungen endgültig schafft, auch bei den Rechtsgeschäften nicht der Wille der beteiligten Privatpersonen, sondern das Gesetz. Aber das Gesetz erscheint hier nur als der Diener des Willens der beteiligten Privatpersonen; aus diesem Willen entnimmt das Gesetz das Ziel seiner Regeln. So erklärt es sich, daß eine Reihe wichtiger Bestimmungen ganz im allgemeinen für Rechtsgeschäfte aller Art erlassen sind, z. B. die Regeln über Irrtum und Zwang, Bedingung und Befristung, Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung [4]). Doch wird man nur von wenigen dieser Regeln sagen können, daß sie auf den Kreis der Rechtsgeschäfte beschränkt seien; vielmehr sind die meisten von ihnen auch auf Handlungen auszudehnen, die den Rechtsgeschäften zwar ähnlich sind, aber doch nicht wirklich zu ihnen gehören, z. B. weil sie keine Willensäußerungen enthalten; als solche Hand-

3) Regelsberger 1 S. 490.

4) Siehe Bekker 2 S. 46.

lungen sind namentlich gewisse Anzeigen zu nennen,[5]) z. B. die Anzeige des Käufers, daß die vom Verkäufer gelieferte Ware mangelhaft sei, die Anzeige des Vollmachtgebers, daß er jemandem Vollmacht gegeben u. s. w.

6. Der Begriff „Rechtsgeschäft" ist in seinem Grundgedanken allgemein anerkannt. Im einzelnen ist dagegen seine Umgrenzung streitig, namentlich in den Fällen, wo die Rechtswirkung, welche vom Gesetze einer Willensäußerung beigelegt wird, sich mit dem Willen des Äußernden nicht völlig deckt. Das Gesetz mischt sich in diesen Streit der Meinungen nicht. Es setzt den Begriff als bekannt voraus.

7. Schon im älteren Recht fanden sich einzelne für die Rechtsgeschäfte im allgemeinen geltende Regeln. Indeß waren diese Regeln zum Teil altertümlicher Art — z. B. das Gebot formaler Errichtung und streng wortgemäßer Auslegung der Geschäfte — und entsprachen dem jüngeren Rechtsleben nicht mehr. Und die anderen hierher gehörigen Regeln waren wenigstens in ihrer Formulierung mangelhaft; namentlich fehlte jede feinere Entwicklung der Regeln ins einzelne. So fand in der Rezeptionszeit gerade auf diesem Gebiete das römische Recht schnellen Eingang. Aber diese Rechtsänderung war nur von bedingtem Wert. Denn auch die römischen Rechtssätze waren nicht frei von Altertümlichkeiten, z. B. in der Lehre von der Stellvertretung. Auch in formeller Beziehung ließen sie sehr viel zu wünschen übrig; denn bei näherer Prüfung erwiesen sie sich oft genug als widerspruchsvoll und unklar. Und vor allem: inhaltlich waren sie in sehr wichtigen Punkten mit deutscher Rechtsanschauung schlechthin unvereinbar. So ist denn auch die römische allgemeine Theorie der Rechtsgeschäfte wieder umgestaltet worden, anfangs durch das Gewohnheitsrecht, ebenso später, namentlich seit dem preußischen Landrecht, durch die Gesetzgebung. Auch das Reichsgesetzbuch hat sich weit von der römischen Theorie entfernt und, vielfach im schroffen Gegensatz zu ihr, Sätze rein deutschen Ursprungs zur Geltung gebracht.

2. Arten der Rechtsgeschäfte.

§ 52.

I. Rechtsgeschäfte mit empfangsbedürftiger und Rechtsgeschäfte mit nichtempfangsbedürftiger Willensäußerung.

1. Bei der Mehrzahl der Rechtsgeschäfte muß die zu Grunde liegende Willensäußerung an eine bestimmte Adresse gerichtet sein, und das Geschäft wird nur wirksam, wenn die Willensäußerung an diese Adresse wirklich gelangt. Demgemäß nennen wir die Willensäußerung bei diesen Geschäften und — ungenau, aber der Kürze wegen entschuldbar — auch diese Geschäfte selbst empfangsbedürftig.[1]) Unterarten:

---

5) Zitelmann 1 S. 33. Vgl. Bekker 2 S. 46.

1) Nach dem Vorgange Zitelmanns 1 S. 23, 26 Nr. 5.

a) Rechtsgeschäfte, bei denen die Willensäußerung an eine andere bei dem Geschäft beteiligte Privatperson zu richten ist; so muß der Verzicht auf ein Nießbrauchsrecht an einer beweglichen Sache gegenüber dem Besteller des Nießbrauchs oder dem Eigentümer der Sache erklärt werden.

b) Rechtsgeschäfte, bei denen die Willensäußerung an eine Behörde zu richten ist [2]); so muß die Ausschlagung einer Erbschaft gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt werden.

c) Rechtsgeschäfte, bei denen die Willensäußerung entweder an eine beteiligte Privatperson oder an eine Behörde zu richten ist; so muß der Verzicht auf den Nießbrauch an einem Grundstücke gegenüber dem Grundstückseigentümer oder dem Grundbuchamt erklärt werden. [3])

2. Bei anderen Rechtsgeschäften ist eine an eine bestimmte Adresse gerichtete Willensäußerung nicht erforderlich; diese Geschäfte werden also rechtswirksam, wenn die ihnen zu Grunde liegende Willensäußerung an irgend eine beliebige Adresse, ja wenn sie überhaupt an gar keine Adresse gelangt. Wir nennen hier die Willensäußerung und — der Kürze wegen — das ganze Geschäft „nicht empfangsbedürftig". Beispiel: der Eigentumserwerb an einer herrenlosen Sache, das Testament, die Erbschaftsannahme.

3. Schließlich giebt es noch gemischte Geschäfte, bei denen eine empfangsbedürftige mit einer nicht empfangsbedürftigen Willensäußerung verbunden wird. Hierher gehört z. B. ein Vertrag, bei welchem zwar der Antrag gegenüber dem Antragsempfänger, dagegen die Annahme des Antrags (gemäß RGB. 151) nicht gegenüber dem Antragsteller erklärt zu werden braucht.

II. Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte.

1. Bei der Vornahme sehr vieler Rechtsgeschäfte muß sowohl die durch das Geschäft belastete als auch die durch das Geschäft begünstigte Partei thätig mitwirken: beide Parteien müssen Willensäußerungen abgeben, welche auf einander Bezug nehmen und inhaltlich zusammenstimmen. Die eine Äußerung wird „Antrag", die andere „Annahme" genannt. Antrag und Annahme zusammen bilden einen Vertrag. Beispiele: Darlehn, Kauf, Eheschließung.

Hiernach sind nicht alle Rechtsgeschäfte, bei denen mehrere Personen übereinstimmende Äußerungen abgeben müssen, Verträge [4]); so muß z. B., wenn ein Minderjähriger die für ihn gemietete Wohnung kündigen will, sein Gewalthaber zustimmen, ohne daß deshalb zwischen dem Minderjährigen und seinem Gewalthaber ein Vertrag entsteht; denn der Gewalthaber wird durch das Geschäft weder begünstigt noch belastet, sondern wirkt nur als neutrale Nebenperson mit.

2. Alle [5]) Rechtsgeschäfte, welche nicht zu den Verträgen gehören, nennen

---

2) Siehe Zitelmann 1 S. 25 Nr. 3.

3) RGB. 1064, 1945, 875.

4) Kuntze, Der Gesamtakt (in den Leipziger Festgaben für Müller 92).

5) Abw. Bekker 2 S. 87.

wir einseitige Rechtsgeschäfte; so z. B. den Verzicht auf ein Eigentums- oder Nießbrauchsrecht, die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, das Testament.

III. Die Rechtsgeschäfte sind entweder vermögensrechtlich oder personenrechtlich oder beides zugleich: z. B. Kauf — Eheschließung — Gesindemiete. Unter den vermögensrechtlichen Geschäften unterscheiden wir wieder folgende Unterarten.

1. Verfügungen und Nichtverfügungen. Verfügung [6]) ist jedes Rechtsgeschäft, durch welches jemand entweder ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise aufgiebt — sei es, daß er das Recht einem anderen überträgt („Veräußerung"), sei es, daß er das Recht zerstört, ohne es auf einen anderen zu übertragen („Verzicht") — oder aus der Fülle einer ihm zustehenden Macht heraus ein neues Recht zu Gunsten eines Anderen und zu seinen Lasten schafft („Belastung"); Verfügungen können Vermögensrechte aller Art betreffen, z. B. dingliche Rechte (Übereignung, Preisgabe, Verpfändung u. s. w.), Forderungsrechte (Abtretung, Stundung, Annahme der Erfüllung u. s. w.), Urheberrechte, Erbrechte. Nichtverfügungen dagegen sind namentlich die reinen Erwerbsgeschäfte [7]), sowie solche Geschäfte, welche die Partei bloß persönlich verpflichten, z. B. die Besitzergreifung einer herrenlosen Sache, das Versprechen eines Geschenks, die Übernahme von Dienstleistungen. Oft läuft eine Nichtverfügung schließlich in eine Verfügung aus: so ist die Zusage eines Darlehns Nichtverfügung; die wirkliche Fortgabe des als Darlehn versprochenen Geldes dagegen ist Verfügung. — Die Unterscheidung ist von erheblicher Wichtigkeit; so sind z. B. Verfügungen, welche eine Ehefrau über ihr eingebrachtes Gut ohne Zustimmung des Mannes trifft, ungültig; Nichtverfügungen der Frau dagegen sind gültig. [8])

2. Zuwendungen und Nichtzuwendungen. [9]) Erstere verschieben die Rechtsverhältnisse zwischen zwei Vermögen derart, daß sie das eine durch Erwerb eines Rechts oder Aufhebung einer Last vergrößern, das andere durch Begründung einer Last oder Preisgabe eines Rechts verkleinern; hierher gehört z. B. die Begründung, Abtretung, Aufhebung von Forderungsrechten, die Übereignung und Verpfändung von Sachen. Nichtzuwendung ist z. B. die Besitznahme herrenloser Sachen, der Eigentumsverzicht, das Anerkenntnis einer bestehenden Forderung, die Vollmachtserteilung. Unter den Zuwendungen werden wieder unterschieden:

a) Entgeltliche und unentgeltliche Zuwendungen. [10]) Bei jenen soll der Empfänger der Zuwendung dem Geber eine Gegenleistung gewähren, welche von den Parteien als der Zuwendung gleichwertig behandelt wird, bei den

6) Anders ist der Sinn von „Verfügung" in Konk.Ordn. 25.
7) Siehe den Sprachgebrauch von EG. 11 Abs. 2.
8) RGB. 1395, 1396—1399.
9) Bekker 2 §§ 99, 100.
10) Mein Anfechtungsrecht (84) S. 134.

unentgeltlichen Zuwendungen dagegen hat der Empfänger entweder gar keine Gegenleistung zu machen oder seine Gegenleistung wird der Zuwendung nicht gleichwertig zur Seite gestellt. — Die Unterscheidung ist wichtig für die Lehre von der Schenkung, von der ungerechtfertigten Bereicherung, von der Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte zahlungsunfähiger Personen u. s. w.[11])

b) Zweckzuwendungen und reine Zuwendungen. Der Zweck der Zuwendung erschöpft sich niemals darin, daß das eine Vermögen vermehrt, das andere vermindert werden soll, sondern es liegt immer noch eine zweite „über diesen ersten Erfolg hinausgreifende"[12]) Absicht der Beteiligten vor. Hier bestehen nun zwei Möglichkeiten. Entweder wird die auf den zweiten Erfolg gerichtete Absicht der Beteiligten in dem Zuwendungsgeschäft selbst rechtsverbindlich festgesetzt; es wird also in dem Zuwendungsgeschäft der Zweck oder Rechtsgrund (causa) der Zuwendung rechtlich bestimmt; dann nennen wir das Geschäft Zweckzuwendung (kausales, materielles, individualisiertes Zuwendungsgeschäft). Oder das Zuwendungsgeschäft verrät nichts von dem zweiten Erfolge, den die Beteiligten anstreben; die Beteiligten unterlassen es vielmehr entweder ganz, die zweite Absicht rechtlich festzustellen, oder sie stellen sie in einem eigenen von der Zuwendung selbst unabhängigen Rechtsgeschäfte fest: alsdann nennen wir das Zuwendungsgeschäft rein, abstrakt, formal. — Die Unterscheidung der Zweckzuwendungen und der reinen Zuwendungen ist von großer Wichtigkeit. So ist, wenn bei einer Zweckzuwendung die Festsetzung der zweiten Absicht sich als ungültig erweist, regelmäßig auch die Zuwendung selber ungültig, eben deshalb, weil sie mit der Zweckfestsetzung zu einem einheitlichen Geschäft verschmolzen ist; dagegen bleibt eine reine Zuwendung auch bei Ungültigkeit des nebenbei durch zweites selbständiges Geschäft festgestellten Zuwendungszweckes gültig.

Beispiel. 1. A. hat dem minderjährigen B. ein Haus für 20000 Mk. verkauft; er hat also dem B. das Recht „zugewendet", die Auflassung und Übergabe des Hauses von ihm zu fordern; die erste Absicht dieser Zuwendung ist, daß das Haus dem B. durch den A. verschafft werden, die zweite, daß A. dadurch das Recht auf den Kaufpreis von 20000 Mk. gewinnen soll; die Festsetzung beider Absichten ist in einem einzigen Geschäfte erfolgt: die Zuwendung des A. war also eine Zweckzuwendung. Ist die Festsetzung der Kaufpreisschuld des B. hinfällig, z. B. weil B. die Zustimmung seines Vormundes nicht erlangt hat, so ist auch A.s Zuwendung hinfällig; B. hat alsdann, sowenig er den Kaufpreis schuldig geworden ist, sowenig einen Anspruch auf Übergabe und Auflassung des Hauses erlangt. 2. Voriges Beispiel: nur hat A. dem B. das Haus bereits durch gerichtliche Auflassung übereignet, ohne sich dabei auf den mit B. geschlossenen Kaufvertrag zu berufen. Die erste Absicht dieser Auflassung ist, daß A. dem B. das Eigentum am Hause verschafft; die zweite Absicht geht dahin, daß er damit seine Verkäuferpflicht dem B. gegenüber erfüllt. Aber daß die Auflassung auch diese zweite Absicht verfolgt, wird in dem Auflassungsgeschäft selbst nicht gesagt. Die Auflassung ist also reine Zuwendung. Sie ist deshalb auch in dem Falle gültig, wo eine Verkäuferpflicht des A., weil der Vormund B.s den Kauf nicht genehmigte, garnicht entstanden war und somit auch nicht erfüllt werden konnte; auch in diesem Falle verschafft sie dem B.

---

11) RGB. 516, 822; Konk.Ordn. 25.

12) Bekker 2 § 100ff.

Eigentum. Allerdings kann A. die Rückgabe des Hauses fordern, aber nicht, weil B. das Eigentum des Hauses nicht erworben hätte, sondern weil er sich zu Unrecht auf A.s Kosten bereichert hat; A.s Rückforderungsrecht ist also nicht dinglicher, sondern obligatorischer Natur.

Fortsetzung: Vollgültige und mangelhafte Rechtsgeschäfte.

§ 53.

I. Vollgültig ist ein Rechtsgeschäft, bei welchem alle Wirkungen, die das Geschäft gemäß der Willenskundgebung der beteiligten Parteien herbeizuführen bestimmt ist, thatsächlich eintreten.

Unerheblich ist, ob das Rechtsgeschäft nebenbei noch andere Rechtswirkungen mit sich bringt, welche sich auf eine Willenskundgebung der Parteien nicht zurückführen lassen. Nur dürfen diese Rechtswirkungen den kundgegebenen Willen der Parteien nicht durchkreuzen, nicht mit ihm in Widerspruch stehen; denn sonst käme ja der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien verstümmelt zur Geltung, das Rechtsgeschäft wäre also ein mangelhaftes. Jene Nebenwirkungen des Geschäfts müssen sich vielmehr in dem Spielraum bewegen, welchen die Parteien dadurch offen gelassen haben, daß sie über diesen Teil der Wirksamkeit ihres Geschäfts einen eigenen Willen nicht kundgaben; die Nebenwirkungen müssen gleichsam auf neutralem Gebiete liegen.

Beispiele. 1. Die Eheschließung bringt nicht bloß die Ehe zu Stande, welche die Brautleute schließen zu wollen erklärten, sondern schafft auch dem Ehemann das Verwaltungsrecht über das Frauengut, obschon die Brautleute hierüber oft nicht das Mindeste erklärt haben; nichts destoweniger ist die Eheschließung ein vollgültiges Rechtsgeschäft. 2. Bei einer Eheschließung vereinbaren die Brautleute untereinander, daß sie sich freie Ehescheidung vorbehalten; alsdann kommt die Ehe zu Stande, von einem freien Scheidungsrecht ist aber trotz des Vorbehalts nicht die Rede; hier ist die Eheschließung (in der von den Brautleuten beliebten Art) ein mangelhaftes Rechtsgeschäft.

II. Mangelhaft ist ein Rechtsgeschäft, bei welchem die Wirkungen, die das Geschäft gemäß der Willenskundgebung der beteiligten Parteien herbeizuführen bestimmt ist, thatsächlich nicht oder nicht vollständig eintreten.

1. Hier sind eine Reihe wichtiger Unterscheidungen zu machen, welche übrigens durchweg schon dem bisherigen Recht bekannt waren. [1])

a) Das Geschäft ist von vorneherein ohne Rechtswirkung, als sei es überhaupt nicht abgeschlossen worden Es erwirbt also keiner aus dem Geschäft ein Recht; denn wollte jemand einen Anspruch aus dem Geschäfte zu seinen Gunsten herleiten, so könnte jedermann den Anspruch als ungültig zurückweisen. Ein derartiges Rechtsgeschäft heißt absolut nichtig oder „nichtig" schlechthin. Genauer wäre es freilich zu sagen: ein Rechtsgeschäft liege dann überhaupt nicht vor; denn ein Geschäft, welches eine Rechtswirkung erstrebt, aber nicht

---

1) Gradenwitz, Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (87). Über älteres deutsches Recht Gierke, D. Pr.R. 1 § 33 [16].

erreicht, ist eben kein Rechtsgeschäft, sondern höchstens ein Versuch dazu. Als Beispiel sei das Testament eines Geisteskranken erwähnt.

b) Das Geschäft ist von vorneherein unwirksam, aber nur gegenüber bestimmten Personen, während es allen anderen Personen gegenüber in gewöhnlicher Art wirksam ist; dann sagt man, das Geschäft sei relativ nichtig. So sind z. B. Rechtsgeschäfte, die ein Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt, nichtig, aber nur den Konkursgläubigern gegenüber, während sie im Verhältnis zum Gemeinschuldner selbst und zu dritten Personen gültig sind.

Beispiel. Der Gemeinschuldner A. hat sein Grundstück dem B. verkauft und übereignet. Die Konkursgläubiger können nun dies Grundstück zur Konkursmasse ziehen, gleich als sei der Verkauf und die Übereignung nicht geschehen; dagegen kann der Gemeinschuldner selbst, etwa wenn nachträglich der Konkurs über sein Vermögen wieder aufgehoben wird, das Grundstück nicht zurückfordern; ebensowenig kann ein Gläubiger des Gemeinschuldners, der nicht zu den Konkursgläubigern gehört, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben.

c) Das Geschäft ist zunächst gegenüber allen Beteiligten wirksam, kann aber von einem der Beteiligten „angefochten" werden. Sobald die Anfechtung erhoben wird, ist das Geschäft allen Beteiligten gegenüber nichtig; (weshalb das bisherige Recht in diesem Falle den Ausdruck „Anfechtbarkeit" mied und lieber von „schwebender Nichtigkeit" sprach); und zwar tritt diese Nichtigkeit mit rückwirkender Kraft ein, d. h. auch solche Rechtswirkungen, welche bereits vor Erhebung der Anfechtung eingetreten waren, werden nachträglich wieder aufgehoben; das Rechtsgeschäft wird also nunmehr so behandelt, als sei es von vorneherein nichtig gewesen; man nennt dies die „dingliche", besser die „absolute" Wirkung der Anfechtung. Unterbleibt dagegen die Anfechtung, so ist und bleibt das Rechtsgeschäft allen Beteiligten gegenüber wirksam, wie ein vollgültiges Geschäft [2]). Der Unterschied eines solchen „anfechtbaren" von einem absolut nichtigen Rechtsgeschäft liegt also darin, daß die Unwirksamkeit des absolut nichtigen Rechtsgeschäfts von jedem Beteiligten gerügt werden kann, während die Unwirksamkeit eines anfechtbaren Geschäfts nur von der anfechtungsberechtigten Partei zu rügen ist; demgemäß steht die Unwirksamkeit des absolut nichtigen Geschäfts von Anfang an fest, während die Unwirksamkeit des anfechtbaren Geschäfts von der freien Entschließung der anfechtungsberechtigten Partei abhängt und solange, wie diese Partei ihren Entschluß noch nicht kundgegeben hat, in der Schwebe ist. Näher steht das anfechtbare Geschäft dem relativ nichtigen; doch ist der Unterschied namentlich der, daß, wenn die Anfechtung erfolgt, das anfechtbare Geschäft absolut, d. h. gegenüber jedermann unwirksam ist, während das relativ nichtige Geschäft auch dann, wenn die berechtigten Personen die relative Nichtigkeit bereits geltend gemacht haben, gegenüber allen anderen Personen wirksam bleibt. — Als Beispiel sei ein Kauf genannt, bei dessen Abschluß der Käufer sich in wesentlichem Irrtum befand;

---

2) RGB. 142.

dieser Kauf ist anfechtbar; die Anfechtung steht nur dem Käufer zu. — Die Anfechtung geschieht nicht etwa im Prozeßwege, sondern durch eine formlose einseitige Erklärung der berechtigten Partei.[3]) Sie ist unwiderruflich.

Die Anfechtungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willensäußerung. Meist ist sie an den Anfechtungsgegner zu richten. Dies ist 1. wenn ein Vertrag angefochten werden soll, die andere Vertragspartei, 2. wenn ein einseitiges empfangsbedürftiges Geschäft angefochten werden soll, die Person, der gegenüber das Geschäft vorzunehmen war, 3. wenn ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Geschäft angefochten werden soll, jeder, der auf Grund des Geschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. So ist z. B. Anfechtungsgegner 1. wenn der Verkäufer einen Kauf anficht, der Käufer, mag dieser auch die erkaufte Sache inzwischen bereits weiterveräußert haben, 2. wenn der Nießbraucher den Verzicht auf sein Nießbrauchsrecht an einer beweglichen Sache anficht, der Eigentümer oder der Besteller des Nießbrauchs, 3. wenn ein Eigentümer, der eine bewegliche Sache preisgegeben, die Preisgabe anficht, der Dritte, welcher die Sache als herrenlos für sich in Besitz genommen hat. — Doch werden diese Regeln durch manche Ausnahmen durchbrochen; die Anfechtung einer Erbschaftsannahme muß z. B. gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen (RGB. 1955). — Bei nichtempfangsbedürftigen Geschäften wirkt die Anfechtung nur gegen den, dem gegenüber sie erklärt ist. Sie hat also nur relative Wirkung und rückt deshalb an die relative Nichtigkeit nahe heran.[4])

d) Das Rechtsgeschäft kann noch in anderer Art anfechtbar sein, als zu c geschildert: es bricht, wenn die Anfechtung erklärt wird, nicht sofort in sich zusammen; vielmehr behält z. B. bei Anfechtung einer Grundstücksübereignung der Erwerber auch nach der Anfechtung zunächst sein Eigentum am Grundstücke; wohl aber hat die Anfechtung die Wirkung, daß die am Geschäft beteiligten Personen obligatorisch verpflichtet sind, alles, was sie aus dem Geschäft erworben haben, zurückzugewähren. Im bisherigen Rechte war diese bloß obligatorisch, also auch bloß relativ wirkende Anfechtbarkeit sehr häufig; das Reichsgesetzbuch verwirft sie dagegen, so daß sie nur in gewissen vom Reichsgesetzbuch nicht betroffenen Fällen fortgilt. Als Beispiel sei die Schenkung genannt, welche ein zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachteil seiner Gläubiger im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung macht.[5])

e) Schließlich giebt es noch mangelhafte Rechtsgeschäfte anderer Art. So giebt z. B. das Verlöbnis zwar keinem der Verlobten das Recht, den anderen zur Einhaltung des Verlöbnisses positiv zu zwingen, ist also insoweit ein höchst mangelhaftes Rechtsgeschäft; aber es hat doch die negative Wirkung, daß wer das Verlöbnis bricht, dem anderen zu Schadensersatz verpflichtet ist. So ist ferner ein mündlicher Vertrag, durch den jemand eine Wohnung auf mehrere

---

3) RGB. 143.

4) Ein zweifelhafter Punkt. Übereinstimmend Eck S. 41[1]; Zitelmann 2 S. 77.

5) Konk.Ordn. 25.

Jahre mietet, für das erste Jahr gültig, für die folgenden Jahre ungültig u. s. w. [6])

2. Die Unvollkommenheit eines Rechtsgeschäfts kann in vielen Fällen nachträglich beseitigt werden („heilbare" Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit), namentlich dadurch, daß die Parteien das Geschäft bestätigen oder als gültig anerkennen. Dabei ist aber zu unterscheiden wie folgt.

a) Die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts ist einfach als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts zu betrachten, da ja das alte nichtige Rechtsgeschäft als garnicht vorhanden gilt. Deshalb ist sie bei manchen nichtigen Geschäften, z. B. bei unsittlichen, ganz unstatthaft. Und wo sie statthaft ist, müssen alle Parteien, die bei der Vornahme des alten Rechtsgeschäfts mitzuwirken hatten, von neuem mitwirken; war für das alte Rechtsgeschäft eine Form vorgeschrieben, so ist die gleiche Form auch bei der Bestätigung einzuhalten u. s. w. So hat also die Bestätigung keine rückwirkende Kraft. Nur wenn ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt wird, ist im Zweifel anzunehmen, die Parteien seien verpflichtet einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre; die Bestätigung hat hier also zwar nicht in dinglicher, wohl aber in obligatorischer Beziehung rückwirkende Kraft. [7])

Beispiel. Der siebzehnjährige A. hat im Jahre 1900 dem B. ein Pferd verkauft und übergeben; die Zahlung des Kaufpreises ist auf den 1. April 1902 versprochen, aber thatsächlich nicht erfolgt. A. bestätigt den Kauf am 1. April 1905. Dann geht das Eigentum des Pferdes erst an diesem Tage auf B. über; denn erst von diesen Tage ab ist die Übereignung gültig geworden. Zinsen muß B. aber rückwirkend vom 1. April 1902 zahlen. — Auch in obligatorischer Beziehung wird übrigens das Geschäft nicht auf den Tag des nichtigen Abschlusses zurückdatiert; das ist namentlich wichtig, wenn eine der Parteien in Konkurs verfällt. [8])

b) Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist nicht als erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts aufzufassen, sondern als Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Deshalb wirkt bei der Bestätigung nur die anfechtungsberechtigte Partei mit; war für das Rechtsgeschäft eine Form vorgeschrieben, so braucht die gleiche Form für die Bestätigung nicht beobachtet zu werden u. s. w. [9]) Und auch davon, daß das Rechtsgeschäft erst mit dem Augenblick der Bestätigung wirksam werde, ist natürlich keine Rede.

3. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig oder anfechtbar, so ist regelmäßig das ganze Rechtsgeschäft nichtig oder anfechtbar. Anders nur dann, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien das ganze Rechtsgeschäft auch dann vorgenommen haben würden, wenn sie die Unwirksamkeit des einen Teils gekannt hätten. [10])

Beispiel. A. verspricht dem B. ein Darlehn mit 6% Zinseszinsen; nun ist die Abrede von Zinseszinsen nichtig (RGB. 248): also ist im Zweifel das ganze Darlehnsversprechen

6) RGB. 1297, 566. 7) RGB. 141.
8) Zitelmann 2 S. 72. 9) RGB. 144.
10) RGB. 139; ähnlich RGB. 155.

nichtig. Nur wenn aus den Verhandlungen hervorgeht, daß der Gläubiger die Ungültigkeit der Zinseszinsabrede gekannt oder auf die Zinseszinsen gar keinen Wert gelegt hat, ist das Darlehnsversprechen gültig.

4. Es kommt vor, daß das Gesetz für zwei verwandte Arten von Rechtsgeschäften die Erfordernisse verschieden bestimmt und daß die Parteien ein Rechtsgeschäft der einen Art vornehmen, welches den Erfordernissen dieser Art nicht genügt und deshalb als ein Rechtsgeschäft dieser Art nichtig ist, während es den Erfordernissen der anderen von den Parteien nicht gewollten Art durchaus entspricht. Läßt sich alsdann das Rechtsgeschäft als ein Geschäft der anderen Art aufrecht erhalten? Die Frage ist zu bejahen, wenn anzunehmen ist, daß die beteiligten Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des Geschäfts ein Geschäft der anderen Art vorgenommen haben würden. [11]) Es erfolgt alsdann eine Umwandlung des Rechtsgeschäfts, die von den Parteien zwar in Wahrheit nicht gewollt ist, aber bei Kenntnis der Umstände mutmaßlich gewollt sein würde.

Beispiel. Ein Erbvertrag setzt voraus, daß der Erblasser 21, ein Testament, daß er 16 Jahr alt ist. Schließt nun ein Zwanzigjähriger einen einseitigen Erbvertrag, so ist das Rechtsgeschäft als Erbvertrag nichtig, dagegen, nach der mutmaßlichen Absicht des Erblassers in ein Testament umgewandelt, gültig; denn wer jemanden unwiderruflich (durch Erbvertrag) zum Erben einsetzen will, wird, wenn eine derart unwiderrufliche Einsetzung unmöglich ist, sicher wollen, daß die Erbeseinsetzung wenigstens als eine widerrufliche (durch Testament) gelten solle. Anders, wenn der Erbvertrag ein gegenseitiger war; denn hier ist die Erbeseinsetzung vom Minderjährigen mit Rücksicht auf die bindenden Verfügungen der Gegenpartei angeordnet; werden nun wegen Nichtigkeit des Erbvertrages die Verfügungen der Gegenpartei widerruflich oder ganz ungültig, so läßt sich keineswegs annehmen, daß der Minderjährige seine eigene Erbeseinsetzung als eine widerrufliche aufrecht erhalten haben würde; der gegenseitige Erbvertrag läßt sich also nicht in ein Testament umwandeln.

5. Wird ein unvollkommenes Geschäft durch thatsächliche Erfüllung vollkommen gültig? Die Frage wird für einzelne Geschäfte durch gesetzliche Sonderbestimmung bejaht, z. B. für ein mündliches Schenkungsversprechen. [12]) Sie ist ferner bei anfechtbaren Geschäften zu bejahen, wenn die Erfüllung durch die anfechtungsberechtigte Partei in Kenntnis der Anfechtbarkeit geschieht; denn dann liegt in der Erfüllung ein gültiger Verzicht auf das Anfechtungsrecht. Anders steht die Sache bei nichtigen Geschäften; hier ist die Erfüllung unwirksam bei Formalgeschäften, weil bei diesen eine nachträgliche Bestätigung nur in der vorgeschriebenen Form, nicht aber durch formlose Erfüllung erfolgen kann; sie ist ferner unwirksam bei verbotenen Geschäften, weil hier eine nachträgliche Bestätigung überhaupt unzulässig ist; bei anderen Geschäften kann die Erfüllung dagegen die Nichtigkeit heilen, sofern nicht bloß die Partei, welche die Erfüllung leistete, sondern auch die, welche sie annahm, die Nichtigkeit kennt.

---

11) RGB. 140. 12) RGB. 518 Abs. 2.

3. Allgemeine Erfordernisse der Rechtsgeschäfte.

a) Echtheit der rechtsgeschäftlichen Willensäußerung.

§ 54.

Die Willensäußerung, welche dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, muß echt sein, d. h. wirklich von der Person herrühren, welche in der Äußerung als ihr Urheber bezeichnet wird.

1. Die Willensäußerung darf also nicht *gefälscht* sein, d. h. gänzlich von einer anderen Person als dem angeblichen Urheber herrühren. Sie darf aber auch nicht *verfälscht*, d. h. ihr echter Kern darf nicht durch Weglassung echter oder Zufügung unechter Stücke abgeändert sein.

Fälschungen finden sich namentlich bei schriftlichen Willensäußerungen, können aber auch bei mündlichen Äußerungen vorkommen, z. B. A. macht, indem er sich für den B. ausgiebt, in dessen Namen durch den Fernsprecher eine Bestellung. — Die Fälschung und die Verfälschung werden rechtlich durchaus gleich behandelt. Nur wenn bei einer schriftlichen Willensäußerung bloß der Text verfälscht, dagegen die Unterschrift echt ist, dreht sich die Beweislast um: während sonst der, der die Echtheit behauptet, diese zu beweisen hat, muß in letzterem Falle die Partei, welche die Verfälschung behauptet, den Beweis dafür führen.[1])

2. Die Willensäußerung darf ferner dem Äußernden nicht durch Gewalt *abgezwungen*, z. B. darf dem Aussteller eines Schuldscheins nicht bei der Unterzeichnung gewaltsam die Hand geführt sein. Denn ist dies geschehen, so rührt die Äußerung in Wahrheit nicht von dem angeblichen Urheber, sondern von dem Vergewaltiger her.[2])

b) Geschäftsfähigkeit der beteiligten Personen.[1])

§ 55.

Die Partei, welche ein Rechtsgeschäft persönlich[2]) abschließt, muß geschäftsfähig sein. Die „Geschäftsfähigkeit" steht nicht allen Personen zu; es giebt vielmehr auch *geschäftsunfähige* Personen. Und die geschäftsfähigen Personen sind nicht alle in gleichem Grade geschäftsfähig: es giebt vielmehr *beschränkt geschäftsfähige* und *unbeschränkt geschäftsfähige* Personen.

I. 1. *Geschäftsunfähig*[3]) sind

a) Kinder (d. h. Personen unter 7 Jahren);

---

1) ZPO. ~~105~~. 440 2) Über den Fall der Bedrohung s. unten § 65.

1) Kraut, Vormundschaftsrecht (35); Heinzerling, Arch. f. prakt. Rechtswiss. 3 F. 5 S. 111; 6 S. 49 (93).

2) Über den Geschäftsabschluß durch Stellvertreter s. unten § 66 ff.

3) RGB. 104.

b) Personen, die wegen Geisteskrankheit entmündigt sind;

c) Personen, welche zwar nicht entmündigt sind, aber sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befinden, sofern nicht dieser Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

Die Unterscheidung entmündigter und nicht entmündigter Geisteskranker — in dieser Form zuerst durch das preußische Landrecht eingeführt[4]) — ist praktisch sehr wichtig; denn bei ersteren ist die Geschäftsunfähigkeit durch Hinweis auf den gerichtlichen Entmündigungbeschluß leicht zu beweisen, und nicht einmal ein Gegenbeweis hierwider ist zulässig, etwa dahin, daß die Entmündigung von vornherein zu Unrecht erfolgt ist oder daß der Entmündigte sich nachträglich dauernd gebessert hat; das mögen Gründe sein, um die Entmündigung rückgängig zu machen oder zu beendigen; so lange aber, bis dies erfolgt, ist und bleibt der Entmündigte geschäftsunfähig; demgemäß erstreckt die Geschäftsunfähigkeit des Entmündigten sich auch auf lichte Zwischenaugenblicke. Dagegen ist bei nicht entmündigten Geisteskranken oft ein umständlicher Sachverständigenbeweis für ihre Krankheit anzutreten; und es muß bei ihnen außerdem dargethan werden, daß sie gerade zu der Zeit, wo sie das Rechtsgeschäft vornahmen, geistig „unfrei" waren. — Thatsächlich kommen Geisteskranke, die nicht entmündigt sind, sehr oft vor. Denn die Entmündigung erfolgt nur auf Antrag, und ein solcher Antrag wird bloß im Notfall gestellt. Außerdem vergeht, wenn der Entmündigungsantrag wirklich gestellt ist, oft geraume Zeit, bis die Entmündigung formell ausgesprochen wird; allerdings kann in dieser Zwischenzeit eine vorläufige Entmündigung ausgesprochen werden; allein diese macht nicht völlig „geschäftsunfähig", sondern nur „beschränkt geschäftsfähig" (RGB. 1906, 114).

2. Ein Geschäft, welches von einer geschäftsunfähigen Person abgeschlossen, ist nichtig, mag es auch noch so einfach und harmlos sein, wie z. B. die Annahme eines üblichen Geburtstagsgeschenks.[5]) Und auch dadurch wird das Geschäft nicht gültig, daß es mit Zustimmung des Gewalthabers des Geschäftsunfähigen abgeschlossen ist. Vielmehr darf der Gewalthaber, wenn er ein Rechtsgeschäft im Interesse seines Pflegebefohlenen für nötig befindet, den Geschäftsabschluß nicht auf letzteren übertragen, sondern muß selber abschließen.

3. Wird die Entmündigung eines Geisteskranken „beendigt"[6]), so werden die vorher abgeschlossenen Geschäfte dadurch nicht berührt: die des Gewalthabers bleiben gültig, die des Entmündigten bleiben, falls sie nicht etwa nachträglich von ihm genehmigt werden, ungültig. Anders wenn die Entmündigung „aufgehoben" wird; alsdann bleiben zwar die in der Zwischenzeit vom Gewalthaber vorgenommenen Rechtsgeschäfte gleichfalls vollgültig; dagegen werden

---

4) Pr. LR. I, 4 § 25. 5) RGB. 105.
6) Siehe oben S. 73.

die vom Entmündigten geschlossenen Geschäfte als von Anfang an gültig angesehen [7]); doch kann jeder Beteiligte nachweisen, daß der vormals Entmündigte, trotzdem daß seine Entmündigung aufgehoben ist, zur Zeit des Geschäftsabschlusses thatsächlich geistig unfrei war; alsdann verbleibt es natürlich bei der Nichtigkeit des Geschäfts. [8])

4. Wer sich nur vorübergehend in einem Zustande der Bewußtlosigkeit oder einer die freie Willensbestimmung ausschließenden krankhaften Störung der Geistesthätigkeit befindet, wird vom Gesetz nicht als eigentlich geschäftsunfähig angesehen. Doch sind auch seine Rechtsgeschäfte, wie die des Geschäftsunfähigen völlig nichtig. [9]) Hierher gehören sinnlos Betrunkene, Nachtwandler, Fieberkranke, hypnosierte Personen u. s. w.

5. Gleichgültig ist es, ob die anderen bei dem Geschäft beteiligten Personen gewußt haben, daß sie es mit einem Kinde oder einem Geisteskranken zu thun hatten. Sogar notarielle Verträge, in denen der Notar beide Vertragsparteien ausdrücklich für geschäftsfähig erklärt hat, sind nichtig, wenn eine Partei, ohne daß es der Notar gewahr wurde, in Wahrheit geisteskrank gewesen ist. [10])

II. Beschränkt geschäftsfähig sind:

a) Ältere Minderjährige, d. h. jugendliche Personen in der Zeit nach vollendetem siebentem Lebensjahr bis zur Volljährigkeit [11]);

b) Personen, die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht endgültig entmündigt sind;

c) Personen, die vorläufig unter Vormundschaft gestellt sind, mag diese Maßregel aus einem der drei zu b genannten Gründe oder wegen Geisteskrankheit angeordnet sein. [12])

Im folgenden bezeichnen wir der Kürze wegen alle diese Personen als „Mündel", indem wir dabei diejenigen Mündel, die völlig geschäftsunfähig sind, ein für alle Mal ausnehmen.

1. Ein Mündel kann ein Rechtsgeschäft, das ihm ausschließlich Vorteil bringt, selbständig abschließen, z. B. eine Schenkung oder einen Schulderlaß rechtswirksam annehmen. [13]) Geschäfte, welche ihm sowohl Vorteil wie Nachteil bringen, gehören dagegen nicht hierher, mag auch der Vorteil noch so sehr überwiegen, z. B. ein Kauf, den ein Mündel zu einem sehr billigen Preise abgeschlossen hat.

Eine Erbschaft können Mündel nicht annehmen, auch wenn keine Erbschaftsschulden vorhanden sind [14]); denn die Schuldenfreiheit läßt sich im Voraus nicht sicher beurteilen. Auch ihre eigenen Schulden dürfen sie nicht

7) RGB. 115. 8) Zitelmann 1 S. 43[52].
9) RGB. 105 Abs. 2. Siehe auch unten S. 166 Nr. 3.
10) Siehe oben S. 71[8].
11) Siehe oben S. 70.
12) RGB. 106, 114. 13) RGB. 107.
14) Regelsberger 1 S. 480.

bezahlen[15]); denn sie werden durch die Zahlung zwar von der Schuld frei, aber verlieren ihr Geld. Umgekehrt dürfen sie auch auf ihre Forderungen keine Zahlung annehmen; denn dadurch bekommen sie zwar Geld, verlieren aber ihre Forderung.

2. Dagegen bedarf der Mündel zu der Vornahme eines Rechtsgeschäftes, welches mit Lasten für ihn verbunden ist, der Einwilligung seines Gewalthabers[16]) und in besonders wichtigen Fällen sogar des Vormundschaftsgerichts.[17]) Immerhin ist der Mündel auch bezüglich dieses Geschäfts besser gestellt als eine ganz geschäftsunfähige Person, da der Gewalthaber nicht an Stelle des Mündels zu handeln braucht, sondern seine (formlose[18]) Mitwirkung neben dem Mündel genügt. — Gewalthaber und Gericht können ihre Einwilligung auch für eine ganze Reihe von Geschäften im Voraus geben.[19]) — Die Einwilligung kann auch stillschweigend erfolgen; so wird z. B. ein Student, der mit des Vormundes Erlaubnis eine auswärtige Hochschule besucht, ohne weiteres sich die nötigen Lehrbücher anschaffen können. Häufig wird aber diese stillschweigende Einwilligung auf Barverträge beschränkt; ein Schüler wird z. B. zur Wohnungsmiete, zur Bestellung des Mittagessens u. s. w. nur für den Fall ermächtigt, daß er sein Entgelt sofort bezahlt.[20])

3. Hat ein Mündel einen lästigen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des Gewalthabers abgeschlossen, so ist der Vertrag keineswegs, wie der von einem Kinde geschlossene, ganz ungültig. Doch ist seine Wirksamkeit eine beschränkte.[21])

a) Nehmen wir zunächst an, der Gegner habe gewußt, daß die andere Vertragspartei ein Mündel sei. Dann ist er selber an den Vertrag gebunden (es sei denn, daß der Mündel wahrheitswidrig die Einwilligung des Gewalthabers behauptet und der Gegner die Unrichtigkeit dieser Behauptung nicht gekannt hat), und auch der Mündel kann ihn nicht etwa aus dieser Gebundenheit entlassen; dagegen ist der Gewalthaber (Namens des Mündels) an den Vertrag nicht gebunden, sondern kann ihn als nicht geschlossen behandeln. Der Vertrag „hinkt" also, indem er nur eine der Parteien verpflichtet. Dieser Zustand dauert solange, bis der Gewalthaber entweder den Vertrag nachträglich genehmigt oder seine Genehmigung verweigert; ersteren Falles wird der Vertrag auch für den Gewalthaber (Namens des Mündels) verbindlich, also beiderseits vollgültig; letzteren Falles wird auch der Gegner seiner Verpflichtung frei. — Wie der Gewalthaber sich entscheiden will, hängt von seinem freien Ermessen ab. Auch eine Frist für seine Entscheidung ist im Gesetz nicht vorgeschrieben; doch kann der Gegner seinerseits ihm eine Frist setzen, indem er

15) Siehe aber unten 161 c. 16) RGB. 107.
17) RGB. 1643, 1821, 1822.
18) RGB. 182 Abs. 2. 19) RGB. 1643, 1825.
20) Siehe unten 161 c.
21) RGB. 108, 109. Ähnlich preuß. Ges. v. 12. 7. 75.

ihn zur Äußerung über seine Genehmigung auffordert; die Frist beträgt alsdann 14 Tage vom Empfang der Aufforderung ab und ist nur dann gewahrt, wenn die Erklärung des Gewalthabers beim Gegner innerhalb der Frist eintrifft. Erklärt der Gewalthaber innerhalb der Frist seine Genehmigung nicht oder nur undeutlich oder nur mit Einschränkungen, so gilt die Genehmigung als verweigert; doch ist die verspätet eintreffende Genehmigung des Gewalthabers als ein von diesem gestellter Gegenantrag zu behandeln[22]. „Ausdrücklich" braucht die Genehmigung des Gewalthabers nicht zu sein.[23])

Übrigens gilt das Recht des Gewalthabers, den Vertrag des Mündels zu genehmigen, keineswegs in alle Ewigkeit, auch wenn der Gegner den Gewalthaber zu einer Erklärung nicht besonders aufgefordert hat; denn nach einiger Zeit werden sich die Umstände meist so geändert haben, daß dem Gegner der Vertrag nicht mehr als gültig aufgedrängt werden darf; die Frist, mit deren Ablauf das Genehmigungsrecht des Gewalthabers in jedem Fall erlischt, ist nach den Umständen verschieden zu bestimmen. — Das Recht des Gegners, den Gewalthaber zu einer Erklärung mit vierzehntägiger Frist aufzufordern, bezieht sich nur auf die „nachträgliche" Genehmigung des Vertrages; hat der Gewalthaber dagegen im voraus seine Einwilligung zu dem Vertrage gegeben, so ist er zu einer nochmaligen Erklärung nicht verpflichtet.

War zu dem Vertragsschluß außer der Zustimmung des Gewalthabers auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder eines Gegenvormundes nötig, so kann auch diese nachträglich beschafft werden; nur hat der Gegner seine Aufforderung, daß Gericht oder Gegenvormund sich über ihre nachträgliche Genehmigung entscheiden, nicht an diese, sondern an den Gewalthaber zu richten; und die Genehmigung gilt als verweigert und damit der Vertrag als nichtig, wenn der Gewalthaber dem Gegner die nachträgliche Genehmigung des Vertrages durch Gericht oder Gegenvormund nicht binnen 14 Tagen mitteilt.[24]) Ganz ausgeschlossen ist die Genehmigung des Gewalthabers bei Schenkungen, die nicht durch Anstandsrücksichten geboten waren.[25])

b) Wenn die besonderen zu a bezeichneten Voraussetzungen nicht vorliegen (wenn also entweder der Gegner geglaubt hat, die andere Partei sei kein Mündel oder wenn der Mündel die Einwilligung seines Gewalthabers wahrheitswidrig behauptet hat), ist die Wirkung des Vertrages noch schwächer. Es ist nämlich in diesem Falle auch der Gegner an den Vertrag nicht gebunden. Allerdings kann er den Vertrag nicht geradezu als nicht abgeschlossen behandeln, wie der Gewalthaber. Aber er kann sich von ihm nach Belieben loslösen, indem er ihn — zu Händen des Mündels oder des Gewalthabers — wider-

---

22) Nach Analogie von RGB. 150 Abs. 1; Zitelmann 1 S. 62.

23) Siehe auch unten § 70.

24) RGB. 1829—1832, 1643 Abs. 3.

25) Siehe RGB. 1641, 1804. Im Falle von RGB. 1630 Abs. 2, 1795 greift RGB. 1909 ein.

ruft. Eine Frist für die Ausübung des Widerrufsrechts besteht nur insofern, als der Widerruf unzulässig ist, wenn der Gewalthaber dem Gegner bereits seine Genehmigung des Vertrages erklärt bezw. die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder Gegenvormunds [26]) mitgeteilt hat.

c) Wenn der Mündel ein Sondergut (Taschengeld u. dgl.) besitzt, welches ihm zwecks Erfüllung seiner Verträge oder zu freier Verfügung von dem Gewalthaber oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen ist, so kann auch er den ohne Einwilligung des Gewalthabers geschlossenen Vertrag nachträglich (mit rückwirkender Kraft) vollgültig machen, indem er ihn mit den Mitteln dieses Sonderguts freiwillig erfüllt. [27]) Der Gegner kann die Erfüllung nicht zurückweisen, es sei denn, daß bereits vor dem Angebot der Erfüllung der Gewalthaber die Genehmigung des Vertrages verweigert oder der Gegner (im Falle b) den Vertrag widerrufen hat. Auf Geschäfte, die der Gewalthaber selber für den Mündel nur mit Genehmigung von Gericht oder Gegenvormund vornehmen kann, findet die Regel nur Anwendung, wenn die Überlassung des Sonderguts auch vom Gericht oder Gegenvormund genehmigt worden ist. Auf Schenkungen, die nicht durch Anstandsrücksichten geboten waren, bezieht sich die Regel garnicht. Ebensowenig auf Baarverträge, die der Mündel aus Mitteln des Sonderguts schon beim Abschluß erfüllt hat; denn diese Verträge werden nicht etwa durch die Erfüllung nachträglich gültig, sondern sind, weil mit (stillschweigender) Einwilligung des Gewalthabers vorgenommen, von vornherein gültig gewesen.

d) Hört die Unmündigkeit des Mündels auf, ehe Gewalthaber, Gericht oder Gegenvormund ihre Entscheidung über die Genehmigung oder Nichtgenehmigung des vom Mündel geschlossenen Vertrages abgegeben haben, so geht nunmehr das Entscheidungsrecht auf den Mündel über. Der Gegner muß deshalb jetzt den Mündel selber zur Abgabe seiner Entscheidung auffordern; wenn der Mündel 14 Tage nach Empfang der Aufforderung keine Entscheidung abgegeben hat, so gilt auch in diesem Falle die Genehmigung als verweigert. [28]) — Der frühere Mündel kann seine Genehmigung auch stillschweigend erklären, z. B. indem er auf eine in der Zeit der Unmündigkeit aufgenommene Schuld vorbehaltlos eine Teilzahlung macht; dagegen läßt sich daraus, daß der Mündel den Rücktritt vom Vertrage nicht ausdrücklich erklärt, eine Genehmigung des Vertrages natürlich nicht folgern. — Schenkungen sind in diesem Falle von der nachträglichen Genehmigung nicht ausgenommen.

4. Die soeben entwickelten Regeln gelten nur für die Verträge des Mündels. Hat dagegen der Mündel ein einseitiges (lästiges) Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Einwilligung des Gewalthabers bezw. des Gerichts oder Gegenvormundes vorgenommen, so ist das Geschäft vollständig

26) RGB. 109, 1830, 1643 Abs. 3. 27) RGB. 110.
28) RGB. 108 Abs. 3, 1829 Abs. 3, 1832, 1643 Abs. 3.

nichtig, ohne daß die Gegenpartei, der gegenüber das Geschäft vorgenommen wurde, erst zu widerrufen oder zu widersprechen brauchte und ohne daß Gewalthaber, Gericht oder Gegenvormund die Nichtigkeit des Geschäfts durch nachträgliche Genehmigung heilen könnten. Ist also der Gewalthaber mit dem Geschäft einverstanden, so mag er es einfach wiederholen.[29])

Hierher gehören Kündigungen, Vollmachtserteilungen, Verzichte auf Eigentum oder Nießbrauch u. dgl. Auch daß der Mündel einen an seinen Gewalthaber gerichteten Vertragsantrag annimmt, oder daß er einen an ihn selbst oder an den Gewalthaber gerichteten Vertragsantrag ablehnt, endlich daß er einen Vertragsantrag stellt, den der Gegner zu seinen oder des Gewalthabers Händen ablehnt, gehört hierher; dagegen ist der Fall, daß der Mündel einen Vertragsantrag stellt und der Gegner ihn zu Händen des Gewalthabers annimmt, nicht als einseitiges Rechtsgeschäft des Mündels, sondern als Vertragsschluß mit dem Mündel anzusehen, wenn nicht im Einzelfall die angebliche Annahmeerklärung des Gegners als Ablehnung des Mündelantrags verbunden mit einem Gegenantrag an den Gewalthaber aufgefaßt werden muß. — Nur dann ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des Mündels nach Analogie eines Vertrages zu behandeln, wenn der Gegner mit der Vornahme des Geschäfts durch den Mündel in Kenntnis seiner beschränkten Geschäftsfähigkeit positiv einverstanden war, z. B. seine Kündigung ausdrücklich annahm; diesem positiven Einverständnis steht aber ein bloßer Nichtwiderspruch der Gegenpartei (abweichend von der Regel RGB. 180) nicht gleich.

5. Wird die Ungültigkeit des von einem Mündel ohne Einwilligung des Gewalthabers (Vormundschaftsgerichts, Gegenvormunds) abgeschlossenen lästigen Rechtsgeschäfts nicht nachträglich geheilt, so kann aus dem Rechtsgeschäft als solchem, eben weil es ungültig ist, weder eine Pflicht zu Lasten noch ein Recht zu Gunsten des Mündels hergeleitet werden. Wohl aber kann das ungültige Rechtsgeschäft einen ausreichenden Thatbestand zur Erzeugung nicht rechtsgeschäftlicher Wirkungen darstellen.

Ist z. B. zwischen den Parteien ein Darlehnsgeschäft abgeschlossen und thatsächlich erfüllt, also die Darlehnssumme vom Mündel, wenn dieser der Darleiher war, gegeben oder, wenn der Mündel der Darlehnsnehmer war, von ihm angenommen, so kann der Geber von dem Empfänger die Darlehnssumme zwar nicht mit der Darlehnsklage, wohl aber mit der Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern. Ferner kann, wenn der Gegner den Mündel zu dem Geschäftsabschluß durch Wucher oder Betrug verleitet oder umgekehrt der Mündel sich böslich für mündig ausgegeben hat[30]), die unschuldige Partei von der schuldigen wegen ihrer unerlaubten Handlung Schadensersatz fordern. — Daß der Anspruch aus dem ungültigen Rechtsgeschäft des Mündels, (zu seinen Gunsten oder zu seinen Lasten) als „nicht rechtsgeschäftlich" bezeichnet wird, ist nicht bloß eine Änderung seines Namens, sondern von sachlicher Bedeutung. Es hat z. B. der Minderjährige, indem er sich für volljährig ausgab, eine Wohnung auf 5 Jahre gemietet; „rechtsgeschäftlich" müßte er mit vierjähriger Verjährung die ganze fünfjährige Miete zahlen; „nicht rechtsgeschäftlich" wegen seiner

29) RGB. 111.

30) So ausdrücklich preuß. Ges. v. 12. 7. 75 § 7.

Arglist belangt, muß er mit dreijähriger Verjährung nur den Schaden erstatten, der dem Vermieter durch die ungültige Vermietung erwachsen ist, also, wenn die Wohnung nach 3 Monaten neuvermietet war, höchstens die Miete für ein Vierteljahr.

6. a) In zwei wichtigen Fällen ist ein Mündel zur selbständigen Vornahme lästiger Rechtsgeschäfte auch ohne Einwilligung des Gewalthabers fähig.[31])

α) Der erste Fall ist der, daß der Mündel ein Erwerbsgeschäft (z. B. kaufmännischer, handwerksmäßiger, landwirtschaftlicher Art) selbständig betreibt. Dazu bedarf der Mündel freilich der vorausgehenden Ermächtigung des Gewalthabers und des Gerichts. Ist aber die Ermächtigung einmal erteilt, so ist der Mündel zum selbständigen Abschluß aller Rechtsgeschäfte fähig, welche der Betrieb dieses ihm erlaubten Erwerbsgeschäfts seiner Art nach mit sich bringt; er kann z. B., wenn ihm der Betrieb eines Schuhmachergeschäfts gestattet ist, selbständig Leder und Werkzeuge ankaufen und bezahlen, Gesellen anstellen, einen Laden mieten u. s. w.

β) Der zweite Fall ist der, daß ein Mündel in Dienst oder Arbeit tritt. Dazu ist vorausgehende Erlaubnis des Gewalthabers, nicht aber auch des Gerichts nötig; ist der Gewalthaber ein Vormund, so kann dessen Erlaubnis durch die des Gerichts ersetzt werden. Ist die Erlaubnis erteilt, so kann der Mündel alle Rechtsgeschäfte selbständig abschließen, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus dem Verhältnis ergebenden beiderseitigen Verpflichtungen betreffen. So darf z. B. ein vierzehnjähriges Mädchen, welches sich mit des Vormundes Erlaubnis als Magd verdingt hat, den Dienst kündigen und sich bei einem anderen Dienstherrn als Magd vermieten, auch ihren Lohn selber in Empfang nehmen; ja sie kann sogar auf ihren Lohn verzichten; will sie dagegen einen Dienst anderer Art, z. B. als Fabrikarbeiterin übernehmen, so muß sie den Vormund von neuem um Erlaubnis bitten.

b) In beiden Fällen macht aber das Gesetz wieder eine Ausnahme: solche Rechtsgeschäfte, welche der Gewalthaber im Namen des Mündels nur mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts abschließen kann (Wechselzeichnung, Verkauf von Grundstücken u. dgl.), darf auch der Mündel selbst, wenn ihm der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder der Eintritt in Dienst und Arbeit gestattet ist, nicht selbständig vornehmen, sondern bedarf hierzu der Einwilligung von Gewalthaber und Gericht in gleicher Art, wie jeder andere Mündel[32]); Schenkungen darf der Mündel überhaupt nicht vornehmen, es sei denn, daß er dazu aus Anstandsrücksichten verpflichtet wäre.[33]) Seine Geschäftsfähigkeit ist und bleibt also eine beschränkte. Doch ist die Beschränkung viel geringer als die anderer Mündel. So erklärt es sich, daß nach dem Sprachgebrauch des Reichsgesetzbuchs die beiden hier besprochenen Klassen von Mündeln im

---

31) RGB. 112, 113. Ähnlich preuß. Ges. v. 12. 7. 75. Siehe RG. 28 S. 278.
32) Preuß. Ges. v. 12. 7. 75 § 5 fordert nur die Einwilligung des Gerichts.
33) Siehe RGB. 1641, 1804.

Rahmen der ihnen freigelassenen Thätigkeit trotz der unleugbar vorhandenen Beschränkung doch als „unbeschränkt geschäftsfähig" bezeichnet werden und insoweit nicht in die Klasse II, sondern in die Klasse III dieses Paragraphen gehören. Daraus folgt, daß sie im Rahmen ihrer freien Thätigkeit nicht bloß Rechtsgeschäfte eingehen, sondern auch Prozesse führen können; ferner findet auch RGB. 131, wo Kündigungen u. dgl. an beschränkt geschäftsfähige Personen für wirkungslos erklärt werden, auf Mündel im Bereich ihrer freien Thätigkeit keine Anwendung. — Dagegen bleibt auch im Rahmen der freien Thätigkeit des Mündels die Vertretungsmacht des Gewalthabers fortbestehen; Mündel und Gewalthaber können also konkurrierende Verfügungen treffen, ähnlich wie etwa ein Vollmachtgeber und ein von ihm mit unwiderruflicher Vollmacht ausgestatteter Vertreter.[34])

c) Andere Beschränkungen als die gesetzlichen (welche soeben zu b genannt sind) kann der Gewalthaber einem Mündel, dem er einen selbständigen Geschäftsbetrieb erlaubt hat, nicht auferlegen; er kann ihm z. B. die Anstellung von Gehilfen nicht verbieten. Dagegen kann der Gewalthaber die Ermächtigung zum Eintritt in Dienst- und Arbeitsverhältnisse beliebig einschränken; so kann er z. B. einem Minderjährigen den Diensteintritt auch bloß für einen Einzelfall, z. B. bei einer bestimmten Dienstherrschaft erlauben und ihm sogar die Kündigung dieses Dienstes untersagen; doch spricht gegen solche Beschränkungen die Vermutung: wer zum Diensteintritt in einem Fall ermächtigt ist, kann im Zweifel auch in anderen Fällen selbständig Dienstverträge abschließen.

d) Die Ermächtigung zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts oder zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis ist widerruflich. Erstere Ermächtigung kann aber nur mit Genehmigung des Gerichts, letztere auch vom Gewalthaber allein widerrufen werden.

7. Wird die Entmündigung über einen Geistesschwachen, Verschwender oder Trinker beendet oder aufgehoben, so gelten die zu I, 3 entwickelten Regeln.

III. Alle anderen Personen heißen unbeschränkt geschäftsfähig. Zu ihnen zählen auch jugendliche Personen unter 21 Jahren, welche für volljährig erklärt sind. Doch besteht für diese die Besonderheit, daß sie, solange ihre Eltern leben, nur mit deren Zustimmung eine Ehe eingehen können[35]); dagegen ist die gemeinrechtliche Regel, daß sie Grundstücke nicht veräußern können, vom Reichsgesetzbuch nicht übernommen.

Zu I—III. Das ältere Recht hat eine völlige Geschäftsunfähigkeit überhaupt nicht gekannt; erst seit der Rezeption ist sie in das deutsche Recht eingedrungen; seitdem wird sie auch von den Landesgesetzen festgehalten, mit Ausnahme des code civil. — Für die Geschäfte der Unmündigen hatte das

34) Zitelmann 1 S. 64.
35) RGB. 1305.

ältere Recht folgende Regel[36]): die Geschäfte sind nicht eigentlich nichtig, aber unwirksam; sie sind unwirksam, solange die Unmündigkeit dauert, weil der Gewalthaber, der das Vermögen des Mündels in Händen hat, sie nicht anzuerkennen braucht; sie sind aber auch nach Eintritt der Mündigkeit unwirksam, weil der nunmehr Mündige sie widerrufen kann; erfolgt dagegen der Widerruf binnen bestimmter Frist nicht, so sind sie gültig. — Dem entgegen knüpft das neuere Recht seit der Rezeption an römische Regeln an. Doch hat es den römischen Satz, daß der Vormund bei Geschäften eines Minderjährigen unter 14 bezw. 12 Jahren in anderer Art (nämlich durch auctoritatis interpositio) mitwirkt als bei Geschäften eines älteren Minderjährigen von vornherein nicht übernommen. Jüngere Gesetze, namentlich das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 haben weitere Änderungen gebracht, z. B. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Rechtsgeschäften Minderjähriger abgeschafft und die beschränkte Selbständigkeit solcher Mündel, denen der Gewerbebetrieb oder der Eintritt in Dienst oder Arbeit erlaubt ist, geregelt. Eine Neuerung des Reichsgesetzbuchs endlich ist es, daß ein lästiger mit einem Mündel geschlossener Vertrag in dem oben S. 160 b bezeichneten Fall vom Gegner widerrufen werden darf, während das gemeine und preußische Recht ihn am Vertrage festhielt.

Fortsetzung.

§ 56.

1. a) Geschäftsunfähigen Personen ist nicht allein die aktive Vornahme von Rechtsgeschäften versagt; sondern sie sind auch von der passiven Rolle des Empfängers einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ausgeschlossen.[1]) So ist z. B. ein Vertragsantrag, eine Kündigung, eine Mahnung nichtig, wenn sie einem fünfjährigen Kinde gegenüber erklärt wird.

b) Nur wenn die Erklärung nachträglich an den Gewalthaber der geschäftsunfähigen Person gelangt, wird sie von diesem Augenblick an vollwirksam. Dabei ist aber nur an den Fall zu denken, daß die geschäftsunfähige Person selber (unmittelbar oder durch eine Mittelsperson) die an sie gerichtete Erklärung dem Gewalthaber übermittelt. Dagegen genügt es nicht, daß der Gewalthaber etwa durch einen Zeugen von der an seinen Mündel gerichteten Erklärung hört.

Der Mündel, der eine ihm gegenüber abgegebene Erklärung dem Gewalthaber übermittelt, ist von einem gewöhnlichen Boten verschieden, da die Erklärung, welche er weiter bestellt, an seine persönliche Adresse (nicht an die des Gewalthabers) gerichtet war und da er nicht im Auftrage des Erklärenden,

---

36) L. Burg. 87; Heusler 1 S. 202; Schröder § 35[9].

1) RGB. 131 Abs. 1.

sondern vielmehr aus eigenem Antriebe seine Bestellung machte. Trotzdem wird der Mündel nach Analogie eines Boten zu behandeln sein. So kann der Gewalthaber eine mündliche ihm durch den Mündel übermittelte Erklärung zurückweisen; welch ein Verlaß wäre auch auf die mündliche Bestellung eines Geisteskranken![2]) Ferner wird RGB. 120 auch auf diesen Fall anwendbar sein.

2. Die nämlichen Regeln gelten für Willenskundgebungen, die gegenüber einer beschränkt geschäftsfähigen Person abgegeben werden. Nur sind — entsprechend den Regeln, welche oben über die aktive Geschäftsfähigkeit dieser Personen aufgestellt sind — vollgültig:[3])

a) Erklärungen, die der beschränkt geschäftsfähigen Person lediglich Vorteil bringen;

b) Erklärungen, die an die Adresse der beschränkt geschäftsfähigen Person mit Einwilligung ihres Gewalthabers abgegeben werden.

Fernere Ausnahmen gelten für Vertragsverhandlungen mit einem beschränkt geschäftsfähigen Mündel: 1. Alle Vertragsanträge an den Mündel binden (auf die Dauer der Annahmefrist) den Antragsteller sofort, sobald der Mündel den Antrag erhalten hat. 2. Hat der Mündel einen Antrag gestellt, so ist die Annahme oder Ablehnung, die der Gegner an den Mündel erklärt, gleichfalls sofort wirksam, die Annahme freilich nur unter Vorbehalt der Genehmigung von seiten des Gewalthabers. — Dagegen gilt für den Fall, daß der Gewalthaber einen Vertragsantrag gestellt hat und der Gegner Annahme oder Ablehnung an den Mündel erklärt, keine Besonderheit; sie wird also nur dann sofort wirksam, wenn eine der Ausnahmen zu a, b vorliegt.

3. Über Erklärungen, die gegenüber einer Person, welche nur vorübergehend geistig unfrei ist, abgegeben werden, schweigt das Gesetz: denn es spricht nur von geschäftsunfähigen und beschränkt geschäftsfähigen Personen; wer nur vorübergehend geistig unfrei ist, gehört aber zu keiner dieser Personenklassen. Demgemäß muß die Antwort auf die Frage sein, daß die Erklärungen vollgültig sind; so ist z. B. eine briefliche Erklärung, die im Hause eines volljährigen, geistesgesunden Adressaten Nachmittags 2 Uhr abgegeben wird, gültig, auch wenn der Adressat in dieser Zeit seinen Nachmittagsschlaf hält; trifft also um ½3 Uhr, noch ehe der Adressat aufwacht, ein Widerruf der Erklärung ein, so ist die Erklärung und nicht der Widerruf gültig. Anders nur dann, wenn der Erklärende Anlaß hatte, auf den Zustand des Empfängers der Erklärung Rücksicht zu nehmen. Dies ist namentlich bei mündlichen Erklärungen der Fall: wer sieht oder sehen muß, daß die Gegenpartei schläft oder in Fieberphantasieen befangen ist, kann keine gültigen Erklärungen an sie richten; schlimmstenfalls ist eine solche Gegenpartei zu behandeln wie eine Person, deren Aufenthalt unbekannt ist. Aber auch schriftliche Erklärungen sind dieser Regel nicht ent-

---

2) Siehe unten § 66. 3) RGB. 131 Abs. 2.

zogen: ein Kündigungsbrief, den der Vermieter dem sinnlos betrunkenen Mieter in einer Wirtschaft zusteckt, ist zweifellos ungültig.

Fortsetzung.

§ 57.

1. Eine juristische Person ist geschäftsunfähig, solange sie eines vertretungsberechtigten Organs entbehrt oder solange dies Organ aus Mitgliedern besteht, die für ihre Person geschäftsunfähig sind; nicht bloß kann sie in diesem Zustande keine gültigen Rechtsgeschäfte abschließen, sondern es können auch dritte Personen gültige Willenskundgebungen an sie nicht richten; so ist z. B. ein Kündigungsbrief, der im Bureau einer Stiftung abgegeben wird, unwirksam, wenn der Stiftungsverwalter gestorben und ein Ersatzmann noch nicht bestellt ist.

2. Beschränkt geschäftsfähig ist eine juristische Person niemals. Allerdings kommt es vor, daß sie gewisse Rechtsgeschäfte nur mit staatlicher Genehmigung schließen darf. Allein eine beschränkte Geschäftsfähigkeit im Sinne des Reichsgesetzbuchs liegt hierin nicht. Namentlich kann RGB. 131 Abs. 2 hier keine Anwendung finden.

c) Allgemeine Erfordernisse des Inhalts der Rechtsgeschäfte.

§ 58.

1. Jedes Rechtsgeschäft muß mindestens *eine* Willensäußerung enthalten. Speziell der *Vertrag* muß aus zwei Willensäußerungen bestehen, aus *Antrag* und *Annahme*.

a) Allerdings ist schon der Antrag für sich allein rechtswirksam; denn der Antragsteller ist seinerseits an ihn gebunden, noch ehe die Annahme erfolgt, — ein Satz, der freilich dem römischen Rechte fremd war, aber, deutscher Auffassung folgend, vom preußischen Landrecht, vom Handelsgesetzbuch und nun vom Reichsgesetzbuch anerkannt worden ist.[1]) Allein diese einseitige Wirksamkeit des Antrages ist nur eine vorläufige; sie tritt bloß unter der Voraussetzung ein, daß innerhalb gewisser Frist auf den Antrag die Annahme folgt; bleibt die Annahme aus oder erfolgt gar eine positive Ablehnung, so erlischt der Antrag, und der Antragsteller wird frei.

Die vorläufige Bindung, welche der Antrag als solcher mit sich bringt, hat nicht bloß obligatorische, sondern, wenn ein Antrag zu einem dinglich wirkenden Vertrage vorliegt, auch dingliche Wirkung. Wenn z. B. der Eigentümer eine und dieselbe Sache mehrmals durch Besitzvertretung übereignet, so

1) Stobbe 3 § 171 I, Pr. LR. I, 5 § 90ff., HGB. 318ff., RGB. 145ff.

ist die zuerst angetragene, nicht die zuerst angenommene Übereignung wirksam; denn der Eigentümer war wegen seines ersten Übereignungsantrages nicht mehr im stande, einen zweiten gültigen Übereignungsantrag zu erklären.[2])

b) Die Annahme bringt den Vertrag nur dann zu stande, wenn sie unbeschränkt ist. Jede beschränkte, z. B. mit einem Vorbehalt belastete Annahme gilt dagegen als Ablehnung des Antrages. Sie macht also den Antrag unwirksam, sodaß der Antragsteller nicht mehr gebunden ist. Sie gilt aber zugleich als ein Gegenantrag, den der Empfänger des ursprünglichen Antrages an dessen Urheber richtet; letzterer ist also, obschon er natürlich auf die beschränkte Annahme nicht einzugehen braucht, darauf einzugehen befugt und bringt, wenn er es thut, auf der Grundlage seines ursprünglichen Antrages und der vom Empfänger zugefügten Beschränkungen den Vertrag seinerseits zu stande.[3]) Vorausgesetzt ist dabei aber, daß die Beschränkungen bestimmt genug sind, um in Verbindung mit dem ursprünglichen Antrage als Grundlage für einen Vertragsschluß zu dienen; so ist die Erklärung: „nehme an, aber nur zu einem viel billigeren Preise", kein gültiger Gegenantrag. — Wenn eine gewisse Menge von Ware angeboten wird, darf der Empfänger die Annahme nicht auf einen Teil der Ware beschränken. Dagegen kann er, wenn das Angebot in eine Mehrheit selbständiger Anträge zerfällt, einen einzelnen Antrag annehmen und die übrigen ablehnen. — Sind die Zusätze, welche der Empfänger seiner Annahmeerklärung beifügt, selbstverständlichen Inhalts, so liegt keine „beschränkte" Annahme vor; die Erklärung gilt vielmehr als Annahme schlechthin. So z. B., wenn der Empfänger mit der Annahme eine Auslegung des Antrages verbindet, vorausgesetzt, daß die Auslegung sachgemäß ist; ferner wenn die Zusätze nur eine Verpflichtung des Antragstellers, die ihm schon von Gesetzeswegen obliegen würde, aussprechen; der Käufer schreibt z. B. „nehme an, erwarte aber gute Ware, prompte Bedienung."

Da der Vertragsschluß aus Antrag und Annahme besteht, bilden zwei sich kreuzende Anträge keinen Vertragsschluß, mögen sie auch beide genau übereinstimmen; wenn also die eine Partei den ihr zugesandten Antrag ablehnt, während die Gegenpartei auf den ihr gemachten schweigt[4]), so ist der Vertragsschluß gescheitert[5]); dies Ergebnis ist übrigens auch sachlich durchaus angemessen. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß, wenn man eine Annahme gegebenenfalls als Gegenantrag auffassen kann (RGB. § 150), ebensogut auch umgekehrt einer der sich kreuzenden Anträge als Annahme aufgefaßt werden dürfe[6]); denn die Verwandlung einer Annahme in einen Gegenantrag ist minder bedenklich als die Verwandlung eines Antrages in eine Annahme. —

2) Abw. Zitelmann 1 S. 125.
3) RGB. 150 Abs. 2.
4) Ausnahme unten S. 179 Nr. 2.
5) Bekker 2 S. 88.
6) Vgl. Zitelmann 1 S. 121.

Anders liegt der Fall, wenn die Parteien auf Grund von Vorverhandlungen beiderseits zu übereinstimmenden Anträgen gelangt sind; hier kann eben mit Rücksicht auf die Vorverhandlungen jeder dieser Anträge zwangslos zugleich als Annahmeerklärung des gleichlautenden Gegenantrages gelten.

2. Jeder Willensäußerung, die einem Rechtsgeschäfte zu Grunde liegt, muß ein rechtlicher, d. h. ein auf Rechtswirkung abzielender Wille des Urhebers der Äußerung zu entnehmen sein. Es genügt also nicht, daß eine Partei über irgend ein Rechtsverhältnis bloß ihre Meinung ausspricht; es genügt nicht, daß sie erzählt, wie sie sich in bezug auf das Rechtsverhältnis in Zukunft verhalten wolle oder welches Verhalten sie von anderen beteiligten Personen erwarte u. s. w. Also sind auch bloße Anzeigen, daß ein Rechtsgeschäft abgeschlossen oder eine sonstige rechtlich erhebliche Thatsache eingetreten sei, keine Rechtsgeschäfte. Daraus folgt aber natürlich nicht, daß solche Anzeigen der Rechtswirkung durchaus entbehrten. Vielmehr ist z. B. die Anzeige des Käufers, daß die gekaufte Sache Mängel habe, von großer rechtlicher Bedeutung; ebenso die Anzeige des Vollmachtgebers, daß er jemandem Vollmacht gegeben habe [7]) u. s. w. Derartige thatsächliche Anzeigen werden übrigens meist nach Analogie der Rechtsgeschäfte zu behandeln sein, setzen z. B. als Urheber eine vollgeschäftsfähige Person voraus.

a) Auf das Erfordernis rechtlichen Willens ist zunächst bei einseitigen Rechtsgeschäften zu achten. Es ist z. B. keine gültige Kündigung, wenn der Gläubiger seinem Schuldner schreibt: „falls Sie die Zinsen nicht pünktlich zahlen, muß ich Ihnen kündigen"; denn dieser Brief kann ebensogut eine bloße Drohung sein; den bestimmten Entschluß, die Schuld schon jetzt (bedingt) zu kündigen, drückt der Brief nicht aus. — Empfangsbedürftige Erklärungen müssen gerade in der Absicht abgegeben sein, daß der Empfänger aus ihnen den Willen des Erklärenden entnehme. Dagegen ist eine nicht empfangsbedürftige Erklärung (mit Ausnahme des Testaments) gültig, selbst wenn man aus ihr den Willen des Urhebers gegen seine Absicht herausliest, wenn also der Urheber sich durch seine Erklärung gewissermaßen „verraten" hat; so liegt z. B. wenn der Erbe in aller Heimlichkeit den Nachlaß des Erblassers thatsächlich in Besitz nimmt, also eine Erkennbarkeit seines Willens geradezu vermeidet, doch eine gültige Äußerung des Willens, die Erbschaft anzunehmen vor.

b) Eine besonders große Rolle spielt das Erfordernis rechtlichen Willens beim Abschluß von Verträgen. Es muß nämlich aus dem Antrage zum Vertragsschlusse der Wille des Antragstellers zu entnehmen sein, daß zwischen ihm und der Gegenpartei ein Vertrag bestimmten Inhalts abgeschlossen sein soll, sobald die Gegenpartei ihre Zustimmung erklärt. Dadurch unterscheidet sich der „Antrag" zum Vertragsschlusse, der auf die Annahme seitens der Gegenpartei abgestellt ist, von einer „Einladung" zum Vertragsschlusse, welche

---

7) RGB. 478, 171.

darauf abzielt, daß erst die Gegenpartei den Antrag zum Vertragsschluß stellen solle. Kommt die Gegenpartei dem „Antrage" nach, indem sie ihre Annahme erklärt, so ist der Vertrag zu stande gekommen; kommt die Gegenpartei der „Einladung" nach, indem sie einen der Einladung entsprechenden Antrag stellt, so ist der Vertrag noch nicht zu stande gekommen, sondern es steht jetzt beim Einladenden, ob er den Antrag annehmen und dadurch den Vertrag wirklich zum Abschluß bringen, oder ob er den Antrag, mag er auch mit seiner eigenen Einladung genau übereinstimmen, ablehnen will. So ist der „Antrag" der erste Teil des Vertragsschlusses und zwar der grundlegende, während die „Einladung" nur thatsächlich den Anstoß zum Vertragsschluß giebt. Ob eine Erklärung, welche auf einen künftigen Vertragsschluß abzielt, Antrag oder Einladung ist, muß durch freie Auslegung der Erklärung bestimmt werden.

Eine bloße Einladung liegt namentlich[8]) dann vor, wenn der Erklärende sich die freie Entschließung besonders vorbehält, wobei die Ausdrücke „frei bleibend", „unverbindlich", „ohne Obligo" beliebt sind; oder wenn die Einladung sehr unbestimmt gehalten ist, sodaß sie die Grundlage zu einem Vertragsschlusse nicht abgeben kann: z. B. wenn jemand sich anbietet, ein Haus zu kaufen, aber den Preis nicht nennt, welchen er zahlen will; oder wenn die Erklärung erkennbar an eine große Zahl von Personen zugleich gerichtet ist und es vernünftigerweise nicht die Absicht des Erklärenden sein kann, daß alle diese Personen ja sagen; z. B. ein Antiquar bietet seine antiquarischen Bücher, von denen er doch nur kleine Vorräte haben kann, durch gedruckte Kataloge hunderten von Kunden an. Ganz gleichgültig ist, ob die Erklärung selber sich als Antrag oder als Einladung bezeichnet. — Nicht mit den unverbindlichen Einladungen zu verwechseln sind Anträge, welche in verbindlicher Absicht, aber „widerruflich" gestellt werden; denn derartige Anträge sind „annahmefähig", d. h. sobald sie angenommen worden, entsteht sofort ein gültiger Vertrag, ohne daß es einer nochmaligen Äußerung des Antragstellers bedarf; der Widerruf ist also nur solange zulässig, als die Annahme noch nicht erfolgt ist. Übrigens bestimmt RGB. 145, daß ein solches Widerrufsrecht nur dann Platz greifen soll, wenn es besonders vorbehalten ist.

Eine besondere Vorschrift stellt das Gesetz für Versteigerungen auf: hier soll in dem Ausbieten des zu versteigernden Gegenstandes kein verbindlicher Antrag, sondern eine bloße Einladung liegen; der Versteigerer braucht deshalb ein Gebot, mag es auch den Versteigerungsbedingungen genau entsprechen, nicht anzunehmen.[9])

Auch bei der Annahme eines Vertragsantrages ist genau darauf zu achten, ob wirklich eine „rechtsgeschäftliche" Annahmeerklärung vorliegt; Äußerungen des Antragsempfängers wie z. B.: „Ihr Antrag sagt mir zu" werden nicht immer genügen.

---

8) Siehe HGB. Art. 337. 9) RGB. 156. Siehe auch unten S. 183 Nr. 6.

3. a) Jedes Rechtsgeschäft muß eine gewisse Vollständigkeit haben, nämlich über bestimmte Punkte, die natürlich bei den verschiedenen Arten von Rechtsgeschäften äußerst verschieden sind, die Willensmeinung der beteiligten Parteien erkennen lassen. Diese Punkte, deren Regelung im Rechtsgeschäft nicht fehlen darf, bilden seinen wesentlichen Inhalt („Essentialien" des Rechtsgeschäfts). So ist etwa der wesentliche Inhalt der Erbeseinsetzung die Kundgabe des Willens, daß eine Zuwendung auf den Todesfall und nicht etwa eine Schenkung unter Lebenden vorgenommen werden, daß diese Zuwendung sich auf den Nachlaß des Zuwendenden als ein Ganzes beziehen und wer der Empfänger der Zuwendung sein solle. Enthält ein Geschäft über einen wesentlichen Punkt keine deutliche Willenskundgebung, so ist es unwirksam.

b) Dies Erfordernis gilt natürlich auch für Verträge: die übereinstimmenden Äußerungen der Parteien müssen sich also auf den gesamten wesentlichen Geschäftsinhalt beziehen; andernfalls kommt ein Vertragsschluß nicht zu stande. Oft verhandeln die Parteien freilich über jedes einzelne wesentliche Stück des Vertragsinhalts getrennt und stellen sogar, wenn über eins dieser Stücke eine Einigung erzielt ist, dies schriftlich durch eine „Punktation" fest. Indeß ist eine solche Stückeinigung eben doch kein Vertrag. Sie ist für keine Partei bindend. Nachdem die Punktation die Einigung der Parteien über 5 Punkte ganz richtig beurkundet hat, kann bei der Verhandlung über einen sechsten wesentlichen Punkt jede Partei auch auf die anscheinend bereits erledigten fünf ersten Punkte zurückgreifen und alle ihre früheren Zugeständnisse widerrufen.[10]) — Bei „reinen" Zuwendungen braucht die Einigung der Parteien sich nur auf die Zuwendung als solche zu beziehen, nicht auf das Nebengeschäft, in welchem der Zweck der Zuwendung festgestellt wird; bei Zweckzuwendungen muß dagegen auch über deren Zweck eine Einigung erreicht sein.

Beispiel. A.s Bevollmächtigter B. soll dem C. eine Geldsumme bringen, hat aber vergessen, zu welchem Zwecke. Deshalb bietet er dem C. das Geld als Darlehn an; C. will dagegen das Geld als Erfüllung einer Forderung annehmen, die ihm gegen A. zustehe. Schließlich einigen sich B. und C. dahin, daß C. jedenfalls das Geld behalten, über den Zweck der Zahlung dagegen sich mit A. unmittelbar verständigen solle. Hier ist die Zahlung als „reine" Zuwendung gültig; dagegen ist weder das dem B. angebotene Darlehn noch die von C. gewollte Erfüllung seiner Forderung zu stande gekommen, weil hierüber eine Einigung der Parteien fehlt.

4. a) In das Rechtsgeschäft können auch Bestimmungen über unwesentliche Punkte aufgenommen werden. Doch ist das Geschäft, wenn es solche Bestimmungen unterläßt, natürlich nicht unwirksam. Vielmehr wird, wenn sich durch die Unterlassung eine Lücke im Rechtsgeschäft bemerklich macht, zur Ergänzung einfach auf die gesetzlichen Regeln zurückgegriffen. So kann z. B. der Erblasser, welcher in seinen Nachlaß eine Mehrheit von Erben beruft, das Rechtsverhältnis zwischen den Miterben, wenn er will, eingehend regeln; unter-

10) RGB. 154. Siehe auch unten § 83 (Vorverträge).

läßt er dies, so wird das Rechtsverhältnis zwischen den Miterben aus den §§ 2032 ff. des Reichsgesetzbuchs bestimmt.

b) Hiernach brauchen sich auch beim Vertragsschluß die übereinstimmenden Willensäußerungen beider Parteien auf die unwesentlichen Punkte des Rechtsgeschäfts nicht mitzubeziehen. So kommt z. B. ein Darlehnsvertrag gültig zu stande, auch wenn die Parteien sich über die Zeit, zu der das Darlehn zurückgezahlt werden soll, garnicht geäußert haben; denn dies ist zwar ein höchst wichtiger, aber doch (in dem hier fraglichen Sinne) kein wesentlicher Punkt; er wird aus RGB. 609 dahin entschieden, daß die Rückzahlung drei Monate (bezw. 4 Wochen) nach Kündigung des Darlehns zu erfolgen hat. — Allein die Parteien können auch ein Anderes bestimmen: jede Partei kann auch auf unwesentliche und sogar auf ganz unwichtige Punkte solchen Wert legen, daß sie den Vertrag nur abschließt, wenn auch über diese Punkte eine Einigung erzielt und kundgegeben wird. Alsdann hat eine Stückeinigung über alle übrigen Punkte, mag sie auch schriftlich beurkundet sein, rechtlich nur den Wert oder vielmehr Unwert einer Punktation. Doch muß eine Partei, die also denkt, dies der Gegenpartei besonders erklären; es genügt aber (wenigstens im Zweifel) hierfür, wenn die Partei im Laufe der Verhandlung eine Vereinbarung über den fraglichen Punkt ausdrücklich fordert, weil anzunehmen ist, daß sie ebendamit den ganzen Vertragsschluß von der Vereinbarung über jenen einzelnen Punkt abhängig machen will.[11]) Letztere Annahme wird etwas abgeschwächt, wenn die Parteien selber geglaubt haben, der Vertrag sei zwischen ihnen zu stande gekommen.[11a])

5. Jedes Rechtsgeschäft muß einen gesetzlich zulässigen Inhalt haben.

a) Nichtig sind zunächst alle Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen[12]), also entweder geradezu unsittlich sind oder doch den Anstand gröblich verletzen. Welche Geschäfte hierher gehören, ist nach den herrschenden Anschauungen zu entscheiden, ohne daß das Gericht befugt wäre, die Berechtigung dieser Anschauungen kritisch zu prüfen; nur da, wo die herrschende Anschauung ihrer selbst nicht sicher oder unfertig ist, darf der Richter sie aus seinem eignen höchst persönlichen Sittlichkeits- und Anstandsgefühl ergänzen.

Beispiele ungültiger Geschäfte: eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beschenkte ohne Rücksicht auf seine innere Überzeugung sein Glaubensbekenntnis wechsele; ein Vertrag, durch den jemand gegen Entgelt verspricht, eine neuerfundene gefährliche Arzenei zu probieren (während ein Vertrag, durch den jemandem für den Fall, daß er freiwillig die Arznei probiert, ein Lohn versprochen wird, gültig ist); der Verkauf eines Buchs, das dem Verkäufer von seinem Schüler als Geschenk gewidmet ist. — Nicht hergehörig ist die Schenkung, die ein Wüstling einem Mädchen macht, um dessen Gunst zu gewinnen; denn hier ist nur der Beweggrund des Geschäfts unsittlich; das Geschäft selbst aber wird hierdurch seinem Inhalte nach nicht beeinflußt.

b) Nichtig ist ferner ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme vom Gesetze

11) RGB. 154. 11 a) Siehe unten § 64 II, 9 b das zweite Beispiel.

12) RGB. 138 Abs. 1; Kohler, bei K. u. N. 5 S. 161.

positiv verboten ist, mag auch das Geschäft weder unsittlich noch unanständig sein[13]), z. B. die Ausgabe von Geldinhaberpapieren ohne besondere staatliche Erlaubnis.[14])

c) Doch giebt es Verbotsgesetze, die minder streng sind. So haben namentlich Veräußerungsverbote die absolute Nichtigkeit einer Veräußerung, die dem Verbote zuwider thatsächlich erfolgt, nur dann zur Folge, wenn sie im öffentlichen Interesse erlassen sind, z. B. das Verbot der Veräußerung von Sprengstoffen ohne polizeiliche Erlaubnis[15]) oder das Verbot der Abtretung einer Lohnforderung.[16]) Sind sie dagegen bloß zum Schutze bestimmter einzelner Personen erlassen, so machen sie das verbotswidrig abgeschlossene Geschäft nur relativ nichtig, nämlich nur gegenüber den Personen, zu deren Gunsten das Verbot erlassen ist. Diese beschränkte Wirkung haben auch Veräußerungsverbote, die das Gesetz nicht unmittelbar ausspricht, sondern die auf Grund des Gesetzes erst durch das Gericht oder eine sonstige Behörde erlassen werden, z. B. das allgemeine Veräußerungsverbot, welches das Gericht gegen eine Person, der die Konkurseröffnung droht, ausspricht: eine diesem Verbote widerstreitende Veräußerung ist nichtig nur gegenüber den künftigen Konkursgläubigern.[17]) Noch anders wird ein Veräußerungsverbot oder eine Verfügungsbeschränkung behandelt, denen sich eine Person durch Rechtsgeschäft freiwillig unterwirft; z. B. der Onkel schenkt dem Neffen ein seit langer Zeit der Familie gehöriges Ölgemälde mit der Verpflichtung, das Bild niemals zu veräußern; eine Veräußerung, welche einem derartigen rechtsgeschäftlichen Verbote zuwider erfolgt, ist nicht einmal den Interessenten gegenüber unwirksam, sondern vollgültig, und nur der Veräußerer selbst ist für seine Person den Interessenten zum Schadensersatz verbunden.[18])

Ganz unzulässig ist es, daß ein Grundstückseigentümer seinen Hypothekengläubigern verspricht, das Grundstück nicht zu veräußern und auch nicht weiter zu belasten. Auf Grund dieser Abrede sind also die Hypothekengläubiger nicht einmal zu einem Schadensersatzanspruch berechtigt, wenn der Grundstückseigentümer doch veräußert oder weitere Hypotheken aufnimmt, und ebensowenig können sie einstweilige Verfügungen oder Arreste erwirken, die dem Grundstückseigentümer derartige Verfügungen untersagen.[19]) — Die gesetzlichen oder gerichtlichen Veräußerungsverbote untersagen nicht bloß die rechtsgeschäftliche Veräußerung (Verkauf, Verschenkung u. dgl.), sondern auch die Veräußerung, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes erfolgt. Ob sie auch eine bloße Verpfändung oder sonstige Belastung der Sache, z. B. die Be-

---

13) Fr. Endemann, über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (87). Siehe auch unten § 68 I g. 14) RGB. 795.

15) RGes. v. 9. 6. 84 § 1 (Vertrieb), § 8, 9 (Überlassung).

16) RGes. v. 21. 6. 69 § 2.

17) RGB. 135, 136; Konk.Ordn. 98. 18) RGB. 137. Siehe EG. 168.

19) RGB. 1136.

stellung eines Nießbrauchs daran untersagen, läßt sich nicht allgemein entscheiden.[20])

d) Die Rechtsgeschäfte, die ein Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornimmt, sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.[21])

6. a) Die Rechtswirkungen, welche das Geschäft anstrebt, müssen im Bereich der Rechtsmacht der Parteien liegen, welche das Geschäft vornehmen. Diesem Erfordernisse wird natürlich dadurch nicht genügt, daß die Parteien für ihre Person die „Geschäftsfähigkeit" besitzen, welche das Geschäft seiner Art nach voraussetzt, und daß die Rechtswirkung, welche das Geschäft anstrebt, an und für sich zulässig ist. Vielmehr bedeutet das Erfordernis, daß die Parteien außerdem über die konkreten Rechtsverhältnisse, welche das Geschäft berührt, die Macht rechtlicher Verfügung („Verfügungsfähigkeit") besitzen müssen.

Beispiel: eine Sache wird von A. dem B. übereignet; hierzu ist nötig nicht bloß, daß A. persönlich zur Vornahme von Übereignungsgeschäften fähig, z. B. nicht minderjährig ist und daß die Übereignung der Sache an und für sich zulässig, z. B. die Sache nicht mit einem Veräußerungsverbot belegt ist, sondern ferner, daß gerade A. diese Sache zu übereignen befugt ist, z. B. daß ihm das Eigentum daran zusteht.

b) Verfügt jemand über einen Gegenstand, über welchen ihm eine ausreichende Verfügungsmacht nicht zusteht, ohne daß der wirklich Berechtigte einwilligt, so ist die Verfügung unwirksam; es geht z. B. eine Forderung, die jemand, der kein Recht an der Forderung hat, an einen Andern abtritt, auf diesen nicht über, an einer gestohlenen Sache, die der Dieb einem Gläubiger als Pfand giebt, entsteht kein Pfandrecht, ein Testament, welches jemand über einen fremden Nachlaß errichtet, schafft kein Erbrecht. Doch kommt dabei der engere Sinn von „Verfügung" in Betracht, der oben festgestellt ist: ungültig ist eben nur die „Verfügung" als solche; dagegen kann der Vertrag, durch den jemand sich zur Verfügung über eine Sache, über die er nicht verfügen kann, dennoch obligatorisch verpflichtet, sehr wohl gültig sein.

c) Wirksam wird die Verfügung einer Partei, welcher die erforderliche Verfügungsmacht fehlt, wenn die Person, welcher die Verfügungsmacht zusteht, die Verfügung nachträglich genehmigt.[22]) Eine feste Frist für die Erteilung dieser Genehmigung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben; selbst dadurch, daß der Verfügungsberechtigte von der Gegenpartei ausdrücklich aufgefordert wird, sich über seine Genehmigung zu erklären, wird ihm (anders als in dem verwandten Fall, wo die Verfügung eines beschränkt geschäftsfähigen Mündels oder eines Vertreters ohne Vertretungsmacht zu genehmigen ist,) eine feste Frist nicht gesetzt. Immerhin dauert das Genehmigungsrecht nicht in alle Ewigkeit; die Frist ist vielmehr im Einzelfalle nach freiem Ermessen zu bestimmen.[23])

---

20) RGB. 135 Abs. 1 Satz 2. 21) Konk.Ordn. 6.
22) RGB. 185. 23) Siehe oben S. 160.

Das Genehmigungsrecht gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes auch für einseitige Verfügungen einer nicht verfügungsberechtigten Person. A. behauptet z. B., der Rechtsnachfolger des B. in dem Mietsrecht auf eine bestimmte Wohnung zu sein und kündigt dem Vermieter C. die Miete; C. widerspricht, weil A. in Wahrheit nur Aftermieter war; nun genehmigt B. nach Ablauf der Kündigungsfrist die Kündigung; da die Genehmigung rückwirkende Kraft hat (RGB. 184), wäre die Kündigung nunmehr gültig. Indeß möchte ich dieser mißlichen Auslegung des Gesetzes dadurch vorbeugen, daß ich nach Analogie von RGB. 180, 111 die Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften ausschließe.

d) Wirksam wird die Verfügung ferner, wenn der Verfügende nachträglich die Verfügungsmacht erwirbt oder wenn er von dem Verfügungsberechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet; sind mehrere Verfügungen erfolgt, die miteinander nicht in Einklang stehen, so wird nur die frühere Verfügung wirksam.[24])

Beispiel: A. hat eine Sache dem B. gestohlen; er übereignet sie demnächst hintereinander durch Besitzvertretung dem C. und dem D. und giebt sie endlich dem E. als Faustpfand. Später einigt er sich mit B., und dieser überläßt ihm die Sache; nunmehr ist die Übereignung an C. wirksam, die Übereignung an D. und die Verpfändung an E. bleibt unwirksam.

e) Die vorstehenden Regeln werden durch wichtige Ausnahmen durchbrochen. Hiervon ist aber erst später, namentlich im Sachenrecht zu reden.

d) Allgemeine Erfordernisse der Form der Rechtsgeschäfte.[1])

§ 59.

Der leitende Grundsatz des Reichsgesetzbuchs ist — übereinstimmend mit dem heutigen gemeinen und französischen, abweichend vom preußischen Recht[2]), — daß ein Rechtsgeschäft „formlos“ vorgenommen werden kann. Das will aber nicht besagen, daß ein Rechtsgeschäft wirklich jeder Form, d. h. jeder bestimmten äußeren Gestalt entbehren könne, sondern nur, daß die Formvorschriften sehr einfacher und zugleich sehr elastischer Art sind.

I. Einseitige nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte.

1. Einziges Formerfordernis ist: der Urheber des Rechtsgeschäfts muß den dem Geschäfte wesentlichen Willensinhalt deutlich äußern. In der Wahl der Äußerungsmittel ist er also frei. Er kann sich in Worten äußern, mündlich oder schriftlich. Er kann sich wortlos durch eine positive Handlung äußern. Er kann sich endlich dadurch äußern, daß er absichtlich unthätig bleibt. An wen er sich mit seiner Äußerung wendet, ist gleichgültig; sogar ein Selbstgespräch kann im Einzelfalle genügen. „Deutlich“ ist die Äußerung, wenn sie

---

24) RGB. 185 Abs. 2.

1) Regelsberger, civilrechtl. Erörterungen (68) § 9; Sohm, Ztsch. f. Handelsr. 17 S. 16 (72); Schott, Vertrag unter Abwesenden (73); Gareike, Verträge unter Abwesenden (82); Ehrlich, stillschweigende Willenserkl. (93).

2) Näheres unten bei den obligatorischen Verträgen § 82.

irgend jemandem, der amtlich oder privatim durch das Rechtsgeschäft berührt wird [3]), verständlich ist.

Beispiel. Eine Erbschaftsannahme kann dadurch gültig geschehen, daß der Erbe ohne ein Wort zu sagen und in aller Heimlichkeit [4]) den Nachlaß an sich bringt; behauptet er nachträglich, er habe den Nachlaß nicht als Erbe an sich genommen, sondern nur als Verwahrer, so kann man sich zur Widerlegung dieser Behauptung auf Äußerungen berufen, die er an unbeteiligte Dritte gethan hat, ja auf sein Tagebuch, in welchem er die Erbschaftsannahme gebeichtet hat. Die Erbschaftsannahme kann ferner z. B. durch ein Schreiben des Erben an das Nachlaßgericht oder an einen Miterben geschehen, mag auch das Schreiben in einer fremden Sprache verfaßt sein, die das Gericht oder der Miterbe garnicht versteht.

2. Sobald die Äußerung gethan, ist das Rechtsgeschäft abgeschlossen und also nunmehr rechtswirksam, mag auch kein Dritter davon Kenntnis erhalten haben; auch vom Urheber selbst kann es jetzt nicht mehr widerrufen werden. Daß das Rechtsgeschäft wenigstens nachträglich zur Kenntnis dritter Personen kommt, ist freilich unentbehrlich. Aber seine Wirksamkeit beginnt schon früher.

II. Einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte.

1. Hier steht dem Urheber der Willensäußerung eine bestimmte Person (oder Behörde) gegenüber, an welche die Äußerung zu richten ist, der „Empfänger". Demgemäß ist der Urheber in der Wahl seiner Äußerungsmittel zwiefach beschränkt.

a) Er muß die Mittel so wählen, daß seine Erklärung zu dem Empfänger bringt. Er muß die Erklärung also nicht bloß abgeben, sondern dafür sorgen, daß sie dem Empfänger zugeht [5]), d. h. er muß dem Empfänger in verkehrsüblicher Art die Möglichkeit gewähren, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. So gilt z. B. eine schriftliche Erklärung als zugegangen, wenn sie in verkehrsüblicher Art dem Empfänger zum Lesen vorgelegt oder ausgehändigt oder in der Wohnung des Empfängers an dessen Familienangehörige oder Dienstboten abgegeben ist. Gleichgültig ist, ob der Empfänger von der ihm gebotenen Gelegenheit, die Erklärung kennen zu lernen, Gebrauch macht. So gilt z. B. eine mündliche Erklärung als „zugegangen", mag auch der Empfänger bei Abgabe der Erklärung nicht aufgepaßt oder gar sich die Ohren zugehalten haben. Ebenso gilt eine schriftliche Erklärung als zugegangen, mag auch der Empfänger sie ungelesen fortgeworfen oder ihre Annahme verweigert haben. So auch dann, wenn den Empfänger bei der Versäumnis der ihm gebotenen Gelegenheit keine Schuld trifft.

Es steckt z. B. der Briefträger den Brief, welcher die rechtsgeschäftliche Erklärung enthält, in den Privatbriefkasten des Empfängers; wegen schwerer Erkrankung des Empfängers kommen die Hausgenossen erst spät dazu, nach dem Kasten zu sehen; in der Zwischenzeit hat

3) Siehe aber unten § 67 Nr. 3 d.

4) Siehe oben S. 169 a.

5) BGB. 130 (bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf Erklärungen an Abwesende, ist aber analog auch auf Erklärungen an Anwesende anzuwenden).

ein Dieb den Brief aus dem Kasten genommen. — Wenn dagegen ein Unbefugter dem Briefboten vor dem Hause des Empfängers auflauert, den Brief etwa unter der Vorspiegelung, er sei Dienstbote des Adressaten, ausgehändigt bekommt und für sich behält, so ist die Erklärung dem Empfänger nicht „zugegangen." — Die gleichen Regeln gelten auch für stillschweigende (wortlose) Erklärungen, während Entwurf I § 74 forderte, daß diese dem Empfänger nicht bloß zugingen, sondern zu seiner Kenntniß gelangten. Beispiel: dem Lieutenant A. ist für die Zeit, bis er Rittmeister I. Klasse wird, an gewissen Wertpapieren von B. schriftlich der Nießbrauch bestellt; A. überwirft sich mit B. und schickt unter Beifügung der Wertpapiere die Urkunde, in welcher der Nießbrauch bestellt ist, zerrissen dem B. zurück; der hiermit bekundete Verzicht auf den Nießbrauch wird wirksam, sobald er dem B. „zugeht", auch wenn B. schließlich die ganze Sendung niemals zu Gesicht bekommt.

Die Zuführung der Erklärung an den Empfänger braucht nicht durch den Erklärenden persönlich zu geschehen, sondern kann auch durch Boten oder sonstige Mittelspersonen erfolgen.[6]) Doch ist die Verwendung von Mittelspersonen nur bei schriftlichen Erklärungen allgemein üblich (Zusendung durch Briefpost, Telegraph u. s. w.); bei mündlichen Erklärungen dagegen ist sie zwar gleichfalls gebräuchlich, aber doch, weil sie Mißverständnisse heraufbeschwört, nur mit dem Vorbehalt, daß der Empfänger sie sich gefallen läßt; mindestens dann, wenn der Empfänger dem Überbringer einer mündlichen Erklärung geradezu das Gehör verweigert oder wenn er ihn sofort, nachdem die Botschaft ausgerichtet ist, zurückweist, gilt die Erklärung als nicht zugegangen. In jedem Falle ist es erforderlich, daß der Mittelsmann im Auftrage des Erklärenden handelt; es genügt also nicht, daß er eine mündliche Äußerung, die er zufällig hört, oder einen nicht abgeschickten Brief, den er zufällig findet, eigenmächtig der Gegenpartei übermittelt.

Eine besondere Art, schriftliche Erklärungen durch einen Boten mitzuteilen, ist die Zustellung der Erklärungen durch einen Gerichtsvollzieher. Sie ist allgemein zulässig, muß aber in den Formen prozessualer Zustellungen vollzogen werden; befindet sich der Erklärende in einer unverschuldeten Unkenntnis über die Person dessen, an den er seine Erklärung zu richten hat, oder ist der Aufenthalt dieser Person unbekannt, so kann die Zustellung auch in den Formen der öffentlichen Ladung — d. h. durch Anheftung der Erklärung an die Gerichtstafel und auszugsweise Bekanntmachung in den Zeitungen — vor sich gehen.[7])

b) Der Erklärende muß die Mittel so wählen, daß gerade der Empfänger die Erklärung zu verstehen vermag; genauer: er muß sie dem Verständnisvermögen, welches er bei dem Empfänger voraussetzen darf, anpassen.

So hat er, wenn er weiß oder wissen muß, daß der Empfänger taub ist, mündliche Erklärungen mit erhobener Stimme abzugeben; einem Blinden darf er eine schriftliche Kundgebung nicht bloß vorzeigen, sondern muß sie ihm vorlesen oder aushändigen; einem polnischen Knecht darf er nur dann in deutscher Sprache den Dienst kündigen, wenn er annehmen darf,

---

6) Über den Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter s. unten § 63 I, 1 b.

7) RGB. 132.

der Arbeiter verstehe selber deutsch oder sei in der Lage, die Äußerung sich ins polnische übersetzen zu lassen u. s. w.

c) Im übrigen ist auch bei empfangsbedürftigen Erklärungen der Urheber in der Wahl seiner Äußerungsmittel frei. Er kann sprechen oder schreiben, wie er will; schreibt er, so ist es nicht unbedingt nötig, daß er sein Schriftstück unterschreibt, da die entgegengesetzte Regel in RGB. 126 sich nur auf Formalgeschäfte bezieht.[8]) Er kann aber seine Erklärung auch stillschweigend (wortlos) abgeben.[9])

2. Aus den zu 1. entwickelten Regeln ergiebt sich, daß das Reichsgesetzbuch sich bezüglich der Frage, wann eine empfangsbedürftige Willenserklärung abgeschlossen ist und somit rechtswirksam wird, — nach dem Vorgange des preußischen Landrechts und des Handelsgesetzbuchs — der sog. „Empfangstheorie" anschließt. Entscheidend ist z. B. bei brieflichen Erklärungen weder die Zeit, zu der der Erklärende seinen Brief geschrieben oder abgeschickt („Äußerungstheorie"), noch die Zeit zu der der Empfänger den Brief gelesen hat („Vernehmungstheorie"), sondern der mittlere Zeitpunkt, in dem der Brief dem Empfänger zugegangen ist. Hieraus folgt dann weiter: die Erklärung ist widerruflich, solange sie unterwegs ist, unwiderruflich, sobald sie angekommen ist. Doch wird der Widerruf, da auch er empfangsbedürftig ist, gleichfalls erst mit dem Eingang beim Empfänger rechtswirksam, sogut wie die widerrufene Erklärung; deshalb ist er nur dann gültig, wenn er spätestens zugleich mit der widerrufenen Erklärung beim Empfänger eintrifft.[10]) Dagegen ist es auch hier gleichgültig, ob der Empfänger zuerst von der widerrufenen Erklärung oder zuerst vom Widerruf Kenntnis nimmt.

Beispiel. A. kündigt dem B. eine Hypothek. Der Kündigungsbrief kommt am 31. März Vorm. 10 Uhr an, während B. gerade ausgegangen ist. Zufällig trifft A. den B. auf der Straße und sagt ihm, daß er die Kündigung zurücknehme. Geschah dies 5 Minuten vor 10, so ist die Kündigung ungültig; geschah es eine Minute nach 10, so ist die Kündigung gültig, obschon B. sowohl in dem einen wie in dem anderen Falle von der Kündigung zuerst durch den Widerruf Kenntnis bekommt. — Ausnahmsweise wird ein Widerruf, der erst später beim Empfänger ankommt als die widerrufene Erklärung, dennoch wirksam sein, nämlich dann, wenn letztere Erklärung verfrüht angekommen ist. Beispiel: ein Gutsbesitzer, dem ein brieflicher Antrag zugedacht ist, läßt sich den Antrag nicht, wie der Antragsteller annehmen durfte, durch den einmal täglich verkehrenden Landbriefträger überbringen, sondern holt ihn sich persönlich auf der Post ab und kommt dadurch in den Besitz des Briefes zwölf Stunden früher, als der Antragsteller annahm; wenn der telegraphische Widerruf zehn Stunden später ankommt als der Antragsbrief, ist er immer noch rechtzeitig.[11])

3. Unerheblich ist es, ob der Urheber der Erklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird, ehe der Empfänger die Erklärung bekommt, es sei denn, daß jener deutlich ein Anderes erklärt hat.[12]) Auch daß der Empfänger

---

8) Siehe unten § 60 Nr. 1a.
9) Siehe das Beispiel oben S. 177 u. unten S. 179a.
10) RGB. 130.
11) Siehe Zitelmann 1 S. 122.
12) RGB. 130 Abs. 2.

in der Zwischenzeit stirbt oder geschäftsunfähig wird, ist im Zweifel unschädlich; nur muß dann der Empfang der Erklärung durch die Erben oder den Gewalthaber erfolgen.

III. Verträge.

Beim Vertragsschluß steht der Antrag völlig unter den Regeln, die soeben für einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte entwickelt sind. Dagegen sind über die Annahme folgende Besonderheiten zu bemerken.

1. Der Regelfall ist dieser: die Annahme muß durch eine empfangsbedürftige Erklärung, die natürlich vom Antragsempfänger ausgeht und an den Antragsteller zu richten ist, erfolgen.[13]) Der Antragsempfänger darf also den Antrag, wenn er ihn anzunehmen gedenkt, nicht einfach unbeachtet lassen: wer dies thut, lehnt zwar den Antrag nicht ab, nimmt ihn aber auch nicht an; der Vertrag kommt also nicht zu stande. Ebensowenig gilt es als Annahme des Antrages, wenn der Antragsempfänger seinen Annahmewillen etwa gegenüber einer dritten Person erklärt. — Die Annahmeerklärung des Antragsempfängers unterliegt, wie der Antrag selbst, den für einseitige empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte geltenden Regeln. Hervorzuheben ist folgendes.

a) Die Annahmeerklärung kann „stillschweigend“ erfolgen, wie jede andere empfangsbedürftige Erklärung auch[14]); es wäre also falsch zu sagen, daß das Stillschweigen des Antragsempfängers immer als Nichterklärung des Annahmewillens anzusehen sei.

Beispiel. Wenn ein Buchhändler das bei ihm bestellte Buch dem Besteller ohne Begleitschreiben zuschickt, oder wenn ein Zigarrenhändler es ohne Einspruch geschehen läßt, daß ein Kunde sich aus einer Kiste fünf Zigarren nimmt, 30 Pfennig auf den Tisch legt und davongeht, so haben beide ihren Willen, die Anträge der Gegenpartei anzunehmen, den Antragstellern gegenüber deutlich und rechtsgültig erklärt, ohne ein Wort zu sagen; ihre Erklärung genügt den Vorschriften, die für eine empfangsbedürftige Willensäußerung gilt, vollkommen.

b) Die Erklärung des Annahmewillens wird wirksam erst, wenn sie beim Antragsteller eintrifft. Sie kann also bis dahin widerrufen werden. Nur muß der Widerruf spätestens zugleich mit der Annahmeerklärung beim Antragsteller ankommen[15]); eine briefliche Annahme wird z. B. durch Eilbrief oder Telegramm widerrufen werden müssen.

2. Dieser Regelfall wird aber — thatsächlich sehr häufig — durch eine Ausnahme durchbrochen: der Antragsempfänger muß freilich auch in diesem Ausnahmefall seinen Annahmewillen äußern, aber er braucht die Äußerung nicht gegenüber dem Antragsteller abzugeben, sondern kann die Annahme durch eine nicht empfangsbedürftige Erklärung vollziehen. Diese Art der Annahmeerklärung mag als „stille“ Annahme bezeichnet werden.

a) Die Ausnahme greift Platz, wenn der Antragsteller für den Fall der Annahme seines Antrages auf eine an ihn gerichtete Erklärung oder kurz ge-

13) RGB. 146. 14) Siehe oben S. 178 c.
15) RGB. 130.

sagt auf eine Antwort des Antragsempfängers verzichtet hat oder wenn nach der Verkehrssitte eine solche Antwort entbehrlich war.[16])

Beispiele. 1. A. schickt dem B. ein Los zum Ankauf für 3 Mark mit dem Bemerken: „Antwort unnötig"; B. anwortet auch nicht, äußert aber seine Annahme „still", indem er das Los seinem Dienstmädchen schenkt. 2. Wenn jemand sich zur Ausführung von Aufträgen und dgl. anbietet, so braucht er, wenn ihm ein seinem Angebot entsprechender Auftrag gegeben wird, nach der Verkehrssitte nur dann zu antworten, wenn er ablehnen will (wozu er berechtigt ist, da sein Angebot nur eine unverbindliche Einladung, kein verbindlicher Antrag war); will er dagegen den Auftrag annehmen, so kann er dies „still" thun. Nun hat M. dem Uhrmacher N. angeboten, ihm unbrauchbare Uhren zum Metallwert abzukaufen; N. schickt dem M. 5 derartige Uhren; M. antwortet nicht, nimmt aber „still" dadurch an, daß er die Uhren einschmilzt.

Anders liegen dagegen die folgenden Fälle. 1. A. schickt dem Juwelier B. einen Brillantschmuck zum Ankauf für 15000 Mk. B. antwortet nicht, sondern nimmt „still" an, indem er den Schmuck sofort für 18000 Mk. weiter verkauft; inzwischen werden dem A. von einem Dritten 20000 Mk. für den Schmuck geboten. Hier ist die stille Annahme ungenügend; denn weder die Verkehrssitte erläßt in diesem Falle die Antwort, noch hat A. darauf verzichtet; der Vertrag ist also nicht zu stande gekommen. Demgemäß braucht A. sich nicht damit zu begnügen, daß B. ihm die ursprünglich geforderten 15000 Mk. zahlt, sondern kann Rückgabe des Schmucks oder Schadensersatz (20000 Mk.) fordern. 2. M. schickt dem ihm bis dahin fremden N. ein Fäßchen Moselwein zum Ankauf für 50 Mk. mit dem Bemerken, falls nicht binnen 8 Tagen Antwort käme, würde er den Kauf als abgeschlossen betrachten; N. antwortet nicht, sondern läßt das Faß unberührt im Keller stehen; hier hätte eine „stille" Annahme genügt; aber sie ist thatsächlich nicht erfolgt; denn daß M. das Stillschweigen des N. im voraus für eine Annahmeäußerung erklärt hat, ist reine Willkür und kann den N. nicht verpflichten; der Vertrag ist also gleichfalls nicht zu stande gekommen. 3. X. bestellt bei dem Gastwirt Y. für „Freitag Abend" telegraphisch ein Zimmer; Y. antwortet nicht, weil er die Adresse des X. nicht kennt, sagt aber seinem Oberkellner, daß dem X. am Freitag ein Zimmer „reserviert" werden solle. Auch hier ist ein Vertrag nicht zu stande gekommen; wenn sämtliche Gasthauszimmer am Freitag schließlich doch an andere Reisende vergeben werden, wäre also ein etwaiger Schadensersatzanspruch des X. gegen Y. nicht begründet; allerdings hätte in diesem Falle nach der Verkehrssitte eine „stille" Annahme genügt, und diese konnte an und für sich auch durch eine Äußerung an eine unbeteiligte Person erfolgen; allein eine solche Äußerung ist hier eben nicht erfolgt; denn der Befehl an den Oberkellner, das Zimmer zu reservieren, war keine „rechtsgeschäftliche" Äußerung[17]); es ist schlechterdings nicht zu erkennen, daß Y. sich dadurch gegen den X. unwiderruflich verpflichten wollte.

b) Eine „stille" Annahme muß nach den Regeln, welche für andere nicht empfangsbedürftige Willensäußerungen gelten, beurteilt werden. Namentlich ist sie schon in dem Augenblick rechtswirksam, wo sie geäußert ist; sie ist also gültig, auch wenn sie dem Antragsteller niemals mitgeteilt wird; demnach kann die Annahme, wenn sie einmal geäußert ist, auch nicht mehr widerrufen werden. Ferner: die Annahme braucht nicht so deutlich geäußert zu werden, daß gerade der Antragsteller sie verstehen kann; denn eine Äußerung, welche überhaupt nicht an den Antragsteller gerichtet ist, braucht auch auf dessen Verständnis keine Rücksicht zu nehmen; wird der Antragsteller durch die Art der

16) RGB. 151.

17) Siehe oben S. 170. Über die Bedenklichkeit dieser ganzen Regeln s. Zitelmann 1 S. 137.

Äußerung zu einem Mißverständnis verleitet, so hat er sich dies selbst zuzuschreiben; warum hat er nicht eine Annahmeerklärung zu seinen Händen gefordert?

Beispiele. 1. In dem oben S. 180 genannten ersten Beispiel ist der Loskauf unwiderruflich, sobald B. das Los seinem Dienstmädchen geschenkt hat. Selbst wenn er das Mädchen bestimmt, ihm das geschenkte Los zurückzugeben, wird er zum Widerrufe des Loskaufs nicht befugt. 2. Bankier M. hat seinem Geschäftsfreunde Bankier N. Wertpapiere zum Verkauf geschickt. Unter Geschäftsfreunden ist eine stille Annahme geschäftsüblicher Aufträge statthaft; N. könnte also den Verkaufsauftrag sehr wohl still annehmen. Thatsächlich schweigt N. Aber er kann beweisen, daß sein Schweigen keine Annahme des Antrages habe bedeuten sollen. Er hat z. B. einen Absagebrief geschrieben und abgeschickt, der Brief ist aber unterwegs verloren gegangen; oder er hat seinem Buchhalter die Absendung einer Absage anbefohlen, aus Versehen ist aber die Absendung unterblieben; oder er hat den Antragsbrief garnicht geöffnet, sondern ungelesen fortgeworfen. Von allen diesen Umständen bekommt M. keine Nachricht. Zu ihm dringt nur die negative Thatsache, daß N. nicht antwortet, und er wird diese Thatsache dahin auslegen, daß N. seinen Antrag angenommen habe. Hierauf kommt es aber nicht an. Thatsächlich hat N. die Annahme eben nicht geäußert, und das ist hier, wo es sich um eine „stille“ Annahme handelt, allein entscheidend. Der Vertrag ist also in Wahrheit nicht gültig zu stande gekommen. Eine andere Frage ist es, ob etwa Y. in diesem Falle den X. schadlos halten muß.

c) Eine besondere Vorschrift gilt, wenn ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet wird; hier kommt der Vertrag zu stande, sobald die Annahme vom Gericht oder Notar beurkundet wird, ohne Rücksicht darauf, ob dies dem Antragsteller kundgegeben wird oder nicht.[18])

3. Die Annahmeerklärung genügt nur, wenn sie rechtzeitig erfolgt. Was rechtzeitig ist, kann der Antragsteller vorschreiben: er kann die Annahmefrist beliebig lang und beliebig kurz bestimmen.[19]) Hat er eine Bestimmung nicht getroffen, so greifen folgende gesetzliche Regeln Platz.[20])

a) Bei Anträgen unter Gegenwärtigen ist die Annahmefrist gleich Null: der Empfänger hat nicht einmal eine kurze Bedenkfrist, sondern muß sich sofort erklären. „Gegenwärtig“ sind Personen, zwischen denen ein sofortiger Meinungsaustausch möglich ist; so sind z. B. Personen, die durch Telephon miteinander sprechen, trotz weiter Entfernung „gegenwärtig“, während Bewohner desselben Hauses, wenn sie sich gegenseitig schreiben, „abwesend“ sind. Mündliche Anträge an einen Boten des Gegners geschehen „unter Abwesenden“, an einen Stellvertreter „unter Gegenwärtigen“.

b) Unter Abwesenden muß der Antragsteller so lange warten, bis eine Antwort des Empfängers bei ihm eintreffen kann. Dabei darf er voraussetzen, daß sein Antrag beim Empfänger rechtzeitig angekommen und daß die Antwort des Empfängers rechtzeitig abgesendet und weiterbefördert ist. Was rechtzeitig ist, ergiebt die Verkehrssitte. Regelmäßig genügt Antwort mit der Briefpost. Und zwar Antwort nicht schlechthin mit der nächsten Gelegenheit, sondern so,

---

18) RGB. 152. 19) RGB. 148. 20) RGB. 147.

daß der Empfänger einer mäßigen Überlegungsfrist genießt und daß er zur Abfassung der Antwort nur die üblichen Arbeitsstunden zu verwenden braucht. Auf einen Antrag, der am 24. Dezember gegen 6 Uhr abends eingeht, braucht also erst am 27. Dezember gegen 10 Uhr morgens geantwortet zu werden. — Im übrigen nimmt die Sitte natürlich auf die besondere Art des Einzelfalles Rücksicht; z. B. wird bei sehr umständlichen Anträgen die Antwortfrist verlängert, etwa bei der Bestellung von Stahl nach einer beigelegten Probe, die der Empfänger erst chemisch untersuchen muß; umgekehrt wird bei der Bestellung von Ware, welche starken Preisschwankungen unterliegt, die Frist eng bemessen und auf telegraphische Bestellung derartiger Ware telegraphische Annahme gefordert, während bei telegraphischer Bestellung von Waren, deren Preis wenig oder garnicht schwankt (z. B. von Büchern) eine telegraphische Rückantwort nicht geboten ist. Bei der Bestellung einer sofort zu liefernden Ware kann die Annahme regelmäßig statt durch ausdrückliche Antwort mittels thatsächlicher Lieferung der Ware geschehen. Hierdurch verlängert sich auch die Annahmefrist; denn die Ware wird natürlich statt mit der Briefpost meist mit der Paketpost oder gar mit Bahn- oder Kahnfracht geliefert. Derartige Antworten reisen also viel langsamer als Briefe. — Die Annahmefrist setzt sich zusammen aus der Beförderungszeit für Antrag und Antwort und aus der zwischen Ankunft des Antrages und Absendung der Antwort liegenden Bedenkfrist. Doch braucht der Empfänger die Frist nur im ganzen einzuhalten, darf also die Verzögerung, welche der Antrag auf seiner Reise oder die Antwort bei ihrer Absendung erlitten hat, durch eine besonders beschleunigte Beförderung der Antwort wieder ausgleichen.

4. Die Regeln zu 3. gelten zunächst nur für eine Annahme, welche dem Antragsteller gegenüber zu erklären ist. Aber auch eine stille Annahmeäußerung muß rechtzeitig erfolgen, nur daß es hier nicht auf die Zeit ankommt, zu der die Äußerung dem Antragsteller zugeht, sondern auf die Zeit, zu der sie vom Antragsempfänger abgegeben wird. Die Dauer der Annahmefrist ist nach dem aus dem Antrage oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragstellers zu bemessen.[21])

Beispiel. In dem oben S. 180 als erstes Beispiel genannten Falle, wo A. dem B. ein Los unter Verzicht auf Antwort schickt, hört die Annahmefrist spätestens mit dem Beginn der Ziehung der Lotterie auf; hat B. die Annahme (z. B. durch das Geschenk an sein Dienstmädchen) erst nach dem Ziehungstage geäußert, so muß er einen auf das Los fallenden Gewinn an A. herausgeben.

5. Die Fristen zu 3. 4. gelten auch dann, wenn der Antrag an einen Minderjährigen über 7 Jahr gerichtet ist; jedoch braucht nur der Minderjährige selbst, nicht auch sein Gewalthaber die Frist einzuhalten; letzterer hat vielmehr die bereits oben erwähnte vierzehntägige Bedenkfrist. — Ebenso genügt

---

21) RGB. 151.

es, wenn der Antragsteller minderjährig war, daß die Annahme innerhalb der Frist dem Minderjährigen zugeht, mag auch der Gewalthaber erst später von ihr erfahren. [22])

6. Bei der **Versteigerung** ist die Annahmefrist besonders geregelt. Der verbindliche Antrag liegt hier in dem „Gebot", welches der Bieter stellt, die Annahme geschieht durch den „Zuschlag" des Versteigerers. Das Gebot bleibt verbindlich, bis ein Übergebot abgegeben oder der Versteigerungstermin ohne Erteilung des Zuschlages geschlossen wird. [23])

7. a) Wenn die Annahme nicht innerhalb der Annahmefrist gültig geäußert wird, ist der Antrag erloschen. [24]). Doch ist eine Annahme, die erst nach Ablauf der Frist dem Antragsteller gegenüber erklärt wird, nicht ohne rechtliche Wirkung. Sie ist vielmehr wie eine beschränkte Annahme zu behandeln, d. h. als Ablehnung des Antrages verbunden mit einem Gegenantrag. [25]). Der Antragsteller kann also nach freier Wahl die Annahme trotz ihrer Verspätung gelten lassen und damit den Vertrag zu stande bringen oder aber die Annahme als verspätet verwerfen. Will er die Annahme gelten lassen, so muß er diesen seinen Willen besonders bekunden, und zwar innerhalb einer Frist, die ähnlich zu bestimmen ist, wie die oben besprochene Annahmefrist; versäumt er diese Frist, so ist die verspätete Annahme gänzlich ungültig, sodaß auch der Antragsempfänger selber sich auf seine eigne Verzögerung berufen darf. Will dagegen der Antragsteller die verspätete Annahme verwerfen, so braucht er diesen Willen nicht weiter zu bekunden: so gut wie ein Antrag als nicht angenommen gilt, wenn der Antragsempfänger sich garnicht äußert, so gilt auch die verspätete Annahme als stillschweigend zurückgewiesen, wenn der Antragsteller sie garnicht beachtet, z. B. den Annahmebrief ungelesen fortwirft.

Nur ist hier nochmals zu betonen, daß, wenn der Antragsteller auf die verspätete Annahme „schweigt", dies Schweigen nicht immer als eine Nicht-Äußerung anzusehen ist. Vielmehr kann das Schweigen im Einzelfalle sehr wohl eine Äußerung und zwar die Äußerung bedeuten, daß der Antragsteller die verspätete Annahme **gelten** läßt; so z. B. dann, wenn der Antragsteller gleich, nachdem er den verspäteten Annahmebrief gelesen, den Antragsempfänger persönlich antrifft, mit ihm geschäftliche Angelegenheiten bespricht und dabei die Verspätung jenes Briefes schweigend übergeht. — Das Recht des Antragstellers, eine verspätete Annahme als rechtzeitig gelten zu lassen, fällt natürlich nach Ablauf eines im Streitfall frei zu bestimmenden Zeitraumes fort; unmöglich darf, wenn die Post den verloren gegangenen Annahmebrief des Antragsempfängers nach Jahren wieder auffindet und dem Antragsteller zustellt, dieser jetzt noch die Annahme für rechtzeitig erklären.

b) Diese Regeln gelten auch dann, wenn der Antragsempfänger seine An-

---

22) Siehe oben S. 160.

23) RGB. 156. Siehe oben S. 170⁹.

24) RGB. 146. 25) RGB. 150.

nahme gar nicht rechtzeitig erklären konnte, z. B. wenn er einen Antrag, der die Annahmefrist auf 3 Tage vom 1. Juli ab festsetzt, erst am 5. Juli empfängt und umgehend telegraphisch beantwortet. Nur wenn er seine Annahmeerklärung [26]) rechtzeitig an den Antragsteller abgesendet hat und der Antragsteller beim Eingang der Erklärung bemerken muß, daß die Verspätung erst nach der Absendung eingetreten ist, gilt eine Besonderheit: der Antragsteller kann nämlich auch in diesem Falle die Annahme als verspätet zurückweisen, muß dies dann aber dem Antragsempfänger unverzüglich anzeigen; verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme trotz des Ablaufs der Frist als rechtzeitig: der Vertrag ist also zu stande gekommen [27])

8. Hat der Antragsempfänger den Antrag bereits durch eine an den Antragsteller gerichtete Erklärung abgelehnt, so kann er ihn nicht mehr in Änderung seiner Entschlüsse annehmen, mag auch die Annahmefrist noch nicht abgelaufen sein. [28]) Daraus folgt, daß ein Antragsempfänger, der einen Antrag nur beschränkt angenommen hat, nicht etwa nachträglich auf seine Beschränkung verzichten kann; denn eine beschränkte Annahme gilt ja als Ablehnung. [29])

9. Als Zeit des Vertragsschlusses gilt die Zeit, zu der die erklärte Annahme beim Antragsteller eingeht oder die stille Annahme vom Empfänger geäußert wird. Dagegen läßt sich ein einheitlicher Ort des Vertragsschlusses wenn beide Parteien ihre Äußerungen an verschiedenen Orten abgegeben haben, nicht feststellen. [30])

10. Unerheblich ist es im Zweifel, ob, nachdem der Antrag gestellt ist, der Antragsteller oder, nachdem die Annahme erklärt, der Antragsempfänger stirbt oder geschäftsunfähig geworden ist, mag auch zu dieser Zeit der Antrag dem Antragsempfänger oder die Annahme dem Antragsteller noch nicht zugegangen sein. [31]) Ob das Gleiche auch für den Fall gilt, daß der Antragsempfänger in der Zwischenzeit zwischen der Stellung des Antrages und der Erklärung der Annahme gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist, sagt das Gesetz nicht; hier ist also die Entscheidung nur im Einzelfalle nach der mutmaßlichen Absicht des Antragstellers zu finden.

11. Die vorstehend entwickelten Regeln des Reichsgesetzbuchs über den Vertragsschluß stimmen im wesentlichen mit den Regeln des bisherigen preußischen Rechts und des Handelsrechts überein. Die Abweichungen betreffen nur Einzelheiten. So hatte das preußische Landrecht die Dauer der Annahmefrist noch genauer bestimmt, z. B. wenn beide Parteien am nämlichen Orte wohnten, auf 24 Stunden. Das Handelsgesetzbuch ferner hatte zwei Fälle bezeichnet, in denen das Stillschweigen des Empfängers ohne Rücksicht auf die Verkehrssitte unbedingt als Annahme gelten sollte; auch hatte es bestimmt, daß als Zeit

26) Oben III, 1; der Fall III, 2 gehört nicht hierher.
27) RGB. 149.
28) RGB. 146.
29) RGB. 150.
30) Abw. RG. 34 S. 140.
31) RGB. 153, 130 Abs. 2.

des Vertragsschlusses unter Abwesenden der Augenblick, wo die Annahmeerklärung abgesendet wurde, gelten sollte.

Fortsetzung. Formelle Rechtsgeschäfte.

§ 60.

Bei einer Reihe von Geschäften gelten strengere Formerfordernisse; wir nennen diese Geschäfte deshalb „formelle“.

1. Die Formerfordernisse können durch Gesetz vorgeschrieben sein.

a) Nicht selten ist die vorgeschriebene Form die schriftliche. Alsdann ist ein Doppeltes erforderlich: 1. der wesentliche Inhalt jeder dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden Willensäußerung muß schriftlich aufgezeichnet und von dem Äußernden mit eigenhändiger Namensunterschrift versehen sein [1]); daß auch der Text der Äußerung vom Äußernden eigenhändig geschrieben sei, wird nicht gefordert; kann oder will der Äußernde seinen Namen nicht schreiben, so genügt es, wenn er unter die Urkunde irgend ein Handzeichen setzt und das Zeichen alsdann gerichtlich oder notariell beglaubigen läßt [2]); 2. die also errichtete Urkunde muß, falls die Willensäußerung empfangsbedürftig ist, dem Empfänger in Urschrift übergeben oder wenigstens vorgelegt werden. [3])

Ist für einen Vertrag (z. B. nach RGB. 566 für einen Mietsvertrag über Grundstücke, der auf mehr als ein Jahr gültig sein soll) Schriftlichkeit vorgeschrieben, so ist die Vertragsurkunde von beiden Vertragsparteien gemeinschaftlich oder hintereinander zu unterschreiben; wenn jedoch die Urkunde in mehreren gleichlautenden Exemplaren ausgestellt wird, so genügt es, wenn jede Partei das für die Gegenpartei bestimmte Exemplar unterschreibt. [4]) Aus dieser Vorschrift folgt, daß ein Vertragsschluß durch Briefwechsel dem gesetzlichen Erfordernis der Schriftlichkeit nur ausnahmsweise genügt, nämlich nur dann, wenn entweder die ausgetauschten Briefe wörtlich gleichlauten oder wenn einer der Briefe von beiden Vertragsparteien unterschrieben ist. Ein telegraphischer Vertragsschluß genügt dem gesetzlichen Erfordernis der Schriftlichkeit niemals, mögen auch die beiderseitigen Telegramme gleichen Wortlaut haben und ihre Urschriften von den Absendern eigenhändig unterschrieben sein; denn die Depeschenurschrift kann nicht als das für die Gegenpartei bestimmte Exemplar der Vertragsurkunde bezeichnet werden und wird ja auch der Gegenpartei weder vorgelegt noch ausgehändigt. — Sonstige Formalitäten, z. B. die Angabe des Orts und des Datums der Urkundenerrichtung, die Benutzung eines feierlichen Urkundenstils oder Urkundenformats, die Untersiegelung der Urkunde ist entbehrlich. Auch die vielfach vorgeschriebene Stempelung der rechtsgeschäftlichen Urkunden ist für ihre privatrechtliche Wirksamkeit völlig gleichgültig.

---

1) RGB. 126. 2) RGB. 126.

3) Folgt aus RGB. 130 („zugeht“). Ebenso Zitelmann 1 S. 155.

4) RGB. 126.

Übrigens erleiden die vorstehenden Regeln nicht selten wieder Ausnahmen.[5] So wird z. B. beim Privattestament gefordert, daß der Erblasser nicht bloß die Unterschrift, sondern auch den Text eigenhändig schreibe und daß er die Urkunde datiere. Ferner wird beim Leibrenten- und Bürgschaftsvertrage nicht die Unterschrift beider Vertragsparteien, sondern nur die des Rentenschuldners und des Bürgen gefordert und damit auch die Begründung einer Renten- oder Bürgschaftsschuld durch formlosen Briefwechsel zugelassen u. s. w.

Der Unterschrift steht eine bloße Unterstempelung nicht gleich, außer bei Inhaberpapieren.[6] — Die Unterschrift muß den bürgerlichen Namen oder die Firma des Unterzeichners angeben; doch genügt im Einzelfall auch die Unterschrift mit dem Vornamen, z. B. bei Verträgen unter Verwandten. — Kleine Abweichungen zwischen den mehreren je von einer Partei unterschriebenen Urkundenexemplaren sind unschädlich; größere Abweichungen dagegen, selbst wenn sie den Sinn des Vertrages unberührt lassen, machen den Vertrag ungültig; denn es handelt sich ja um eine Formvorschrift! — Übrigens soll in allen Fällen, wo das Gesetz Schriftlichkeit fordert, die Schriftlichkeit durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt werden können (RGB. 126 Abs. 3).

b) Für andere Geschäfte wird häufig die Mitwirkung einer Behörde, z. B. eines Gerichts, eines Notars, eines Standesbeamten vorgeschrieben. Meist darf und muß sich die Behörde darauf beschränken, das Geschäft amtlich zu protokollieren — so z. B. bei der Schenkung, bei der Veräußerung eines Grundstücks — oder gar nur die Unterschriften der Parteien zu beglaubigen,[7] in welchem Falle sie nicht einmal den Inhalt der Parteierklärung erfährt, z. B. bei der Ausschlagung einer Erbschaft, bei der Hypothekenbestellung. Doch giebt es auch Fälle, wo die Behörde eine weitere Thätigkeit entfalten muß; so soll z. B. bei der Eheschließung der Standesbeamte ausdrücklich erklären, daß die Verlobten nunmehr rechtmäßig verbundene Eheleute seien; ferner ist die Annahme an Kindesstatt nicht bloß vom Gericht oder Notar zu protokollieren, sondern außerdem von dem „zuständigen" Gericht zu bestätigen; eine ähnliche Bestätigung ist landesrechtlich auch für die Errichtung von Familienfideikommissen vorgeschrieben[8])

Auch sonst giebt es Verschiedenheiten genug. So müssen bei manchen Verträgen beide Vertragsparteien gleichzeitig vor der nämlichen Behörde erscheinen und dort in einem Zuge ihre Erklärungen abgeben,[9] z. B. bei der Eheschließung, der Annahme an Kindesstatt, dem Erbvertrage, regelmäßig auch bei der Grundstücksübereignung; bei anderen Verträgen können dagegen die Parteien ihre Erklärungen vor verschiedenen Behörden, zu verschiedener Zeit abgeben, z. B. bei der obligatorischen Grundstücksveräußerung;[10] schließlich ist bei manchen Verträgen nur die Erklärung einer einzigen Partei amtlich zu protokollieren oder

5) RGB. 2231, 761, 766.
6) RGB. 793. 7) Siehe RGB. 129.
8) RGB. 518, 313, 1945, 1318, 1741, 1750.
9) RGB. 1317, 1750, 2276, 925, vgl. EG. 143. 10) RGB. 128.

die Unterschrift darunter zu beglaubigen, z. B. bei der Schenkung nur die Erklärung des Geschenkgebers, bei der Hypothekenbestellung nur die Unterschrift des Verpfänders. — In vielen Fällen können die Parteien sich die Behörde, vor welcher sie ihre Erklärung abgeben wollen, frei aussuchen; so kann ein Testament, eine Schenkung, eine obligatorische Grundstücksveräußerung vor jedem beliebigen deutschen Gericht oder Notar erklärt werden; dagegen ist für andere Geschäfte die Mitwirkung einer bestimmten örtlich zuständigen Behörde vorgeschrieben, namentlich bei allen das Grundbuch betreffenden Geschäften. — Allgemeine Anforderungen an die Form gerichtlicher oder notarieller Urkunden stellt das Reichsgesetzbuch nicht auf; bis auf weiteres ist hier das Landesrecht maßgebend; nötig ist nur, entsprechend der für schriftliche Erklärungen geltenden Regel, daß, wenn für eine empfangsbedürftige Erklärung notarielle oder gerichtliche Form vorgeschrieben ist, die Urkunde dem Empfänger urschriftlich vorgelegt oder ausgehändigt wird; RGB. 152 bestimmt allerdings bei gerichtlichen und notariellen Verträgen bezüglich der Annahmeerklärung das Gegenteil, allein doch nur deshalb, weil hier die Annahmeerklärung eben nicht empfangsbedürftig ist.

2. Auch durch Rechtsgeschäft kann für Rechtsgeschäfte, die nach der Gesetzesvorschrift formlos sind, eine Form und für Rechtsgeschäfte, für welche bereits das Gesetz eine Form vorschreibt, eine Formerschwerung angeordnet werden; es kann z. B. ein Fabrikbesitzer, welcher die Stelle eines Geschäftsdirektors neubesetzen will, den Bewerbern um die Stelle erklären, daß alle mündlichen Besprechungen zunächst unverbindlich seien und der Anstellungsvertrag erst durch schriftliche Errichtung rechtswirksam werden solle; ebenso kann ein Bürge seiner Bürgschaft, die er nach gesetzlicher Vorschrift schriftlich erklärt hat, den Vorbehalt zufügen, daß er erst bei notarieller Beurkundung seiner Verpflichtung haftbar sein wolle. Im allgemeinen wirken derartige rechtsgeschäftlich festgestellte Formvorschriften in gleicher Art wie gesetzliche. Nur soll, wenn die Parteien für einen Vertragsschluß die Schriftform vereinbart haben, insofern eine Milderung gelten, als der Vertragsschluß auch durch gewöhnlichen Briefwechsel vor sich gehen kann; doch ist jede Partei verpflichtet, eine derartige unvollkommene Beurkundung ihres Vertrages zu verbessern, also nachträglich eine einzige beiderseits unterschriebene oder eine Mehrheit gleichlautender einseitig unterschriebener Urkunden zu errichten. Mit der gleichen Maßgabe ist auch der Vertragsschluß durch Telegramme gestattet, obschon hier die Schriftlichkeit noch weit unvollkommener ist als beim Briefwechsel, da keine Partei die Urschrift des gegnerischen Telegramms zu sehen bekommt.[11]) Unerläßlich ist, daß die Briefe oder die Urschriften der Telegramme von den Absendern eigenhändig unterschrieben werden.[12]) Auch muß ein Brief oder Telegramm nicht bloß von einer, sondern von beiden Vertragsparteien vorliegen.

11) RGB. 127. 12) Abw. Eck S. 58.

3. Überall, wo für den Vertragsschluß eine Form gesetzlich oder rechtsgeschäftlich für notwendig erklärt ist, sind formlose z. B. mündliche Nebenabreden, die außerhalb des formellen Rechtsgeschäfts getroffen werden, ungültig. Anders, wenn die Parteien sich freiwillig einer bestimmten Form bedienen;[13]) freilich geht auch in diesem Falle die Absicht der Parteien oft dahin, daß nur solche Abreden rechtsverbindlich sein sollen, die in den formellen Vertrag aufgenommen werden; denn anderenfalls wäre ja der formelle Vertrag lückenhaft und wenig nutz; allein das ist Frage des Einzelfalls; nicht einmal eine gesetzliche Vermutung besteht dafür, daß die Parteien neben einem formellen Vertrage formlose Nebenabreden für unwirksam erklärt haben.

4. Nicht zu verwechseln mit den soeben besprochenen Formvorschriften welche die Rechtswirksamkeit eines Geschäfts bedingen, sind die Regeln, welche ein formlos geschlossenes Geschäft zwar für gültig erklären, aber eine Partei oder alle beide zur nachträglichen Beurkundung des Geschäfts verpflichten. Hierher gehört z. B. die gesetzliche Regel, daß der Absender eines Frachtguts dem Frachtführer auf dessen Verlangen einen schriftlichen Frachtbrief ausstellen muß; denn der Frachtvertrag ist auch ohne Frachtbrief vollgültig. Häufiger noch werden derartige Formen durch Rechtsgeschäft vorgeschrieben; so vereinbaren z. B. mehrere Handwerker mündlich die sofortige Gründung einer gewerblichen Gesellschaft, machen aber zugleich, um spätere Streitigkeiten auszuschließen, die nachträgliche Feststellung eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages aus. — Übrigens spricht, wenn durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eine Formvorschrift aufgestellt wird, die Vermutung für die stärkere Wirkung der Vorschrift: fehlt die Form, so ist also im Zweifel anzunehmen, daß das Geschäft ungültig ist und daß keine Partei das Recht hat, die andere zur Nachholung der versäumten Formalität zu zwingen und damit das Geschäft nachträglich wirksam zu machen. Das Gegenteil gilt nur, wenn Gesetz oder Rechtsgeschäft es unzweideutig bestimmen.[14])

4. Nebenbestimmungen der Rechtsgeschäfte.[1])

a) Bedingungen.[2])

§ 61.

1. Bedingung, im Sinne der folgenden Regeln, ist die rechtsgeschäftliche Nebenbestimmung, kraft deren die Wirkung des Rechtsgeschäfts (ganz oder teilweise) von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig ist.

13) Abw. Pr. LR. I, 5 § 127.

14) RGB. 125.

1) Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen (71).

2) Wendt, Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft (72); Adickes, zur Lehre von den Bedingungen (76); Fitting, Arch. für civ. Pr. 39 S. 350 (56); Eisele ebenda 50 S. 253 (67);

Nicht hergehörig sind also namentlich Bestimmungen, welche die Wirkung eines Rechtsgeschäfts von einem vergangenen Ereignisse oder von einem zukünftigen gewissen Ereignisse abhängig machen.

Eine echte Bedingung ist es z. B. wenn ich meinem Diener für den Fall, daß er mir einen verlorenen Ring wiederschafft, 100 Mark zusage. Keine wirklichen Bedingungen liegen dagegen in den folgenden Fällen vor: ich schenke meiner Nichte 100 Mark, unter der „Bedingung", daß sie im vorigen Jahr einen Roman von Turgeniew russisch gelesen hat; ich vermache dem Berliner Zoologischen Garten 5000 Mark zur Anschaffung von Seelöwen, wenn die zur Zeit im Garten vorhandenen Seelöwen todt sein werden.

Demnach sind auch sog. unmögliche Bedingungen keine wirklichen Bedingungen, weil sie auf den Eintritt eines Ereignisses gestellt sind, dessen Nichteintritt gewiß ist. — Unsittliche Bedingungen sind den unmöglichen nicht gleichzusetzen; denn daß das Unsittliche oder Verbotene unmöglich, also sein Nichteintritt gewiß sei, wird man nicht behaupten können. Trotzdem sind auch sie keine wirklichen Bedingungen, weil sie keine „rechtsgeschäftliche" Wirkung haben; allerdings vernichten sie das ganze Rechtsgeschäft, dem sie beigefügt sind; aber diese ihre Wirksamkeit tritt nicht ein, weil der Urheber der Bedingung es gewollt hat, sondern ist unabhängig von seinem Willen. — Keine echten Bedingungen sind solche, welche eine Rechtswirkung von dem Eintritt eines Ereignisses abhängig machen, von dem sie bereits nach Gesetzesvorschrift abhängig ist; z. B. ich errichte ein Familienfideikommiß unter der Bedingung, daß ich die obrigkeitliche Bestätigung erhalte; denn auch hier ist die Wirksamkeit meiner Bedingung keine rechtsgeschäftliche.

2. Eine Bedingung heißt aufschiebend (suspensiv), wenn sie bestimmt, daß das durch das Rechtsgeschäft begründete Recht (oder die sonstige dadurch begründete Rechtswirkung, z. B. ein Schulderlaß) ganz oder teilweise erst dann entstehen soll, wenn ein künftiges ungewisses Ereignis eintritt.

a) Solange die Bedingung noch nicht erfüllt, aber ihre Erfüllung noch möglich ist, besteht ein Schwebezustand. Während dessen hat der bedingt Berechtigte das ihm bei Erfüllung der Bedingung zugedachte Recht noch nicht erworben, kann es also auch noch nicht geltend machen; so kann z. B. der, dem eine Sache bedingt übereignet ist, diese Sache nur in gleicher Art wie ein Nichteigentümer weiterübereignen oder verpfänden;[3]) ferner kann der, dem eine Forderung bedingt bestellt oder bedingt abgetreten ist, vom Schuldner nicht Erfüllung verlangen und muß sogar, wenn der Schuldner dennoch irrtümlich erfüllt hat, das Empfangene zurückerstatten u. s. w. Wohl aber kann der bedingt Berechtigte schon während des Schwebezustandes eine Sicherstellung seines dereinstigen Rechts wenigstens in dem Falle fordern, daß dies Recht dringlich gefährdet wird. Er hat also zwar noch nicht das Recht

---

Pietzker ebenda 74 S. 462 (89); Czyhlarz, zur Lehre von der Resolutivbedingung (71); Schulin, über Resolutivbedingung (75); Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung (51).

3) Gemäß RGB. 185 Abs. 2, 932.

selbst, aber eine Anwartschaft darauf. Und diese Anwartschaft ist nicht bloß eine rein thatsächliche Hoffnung, wie sie etwa dem gesetzlichen Erben einer noch lebenden Person in Ansehung des dereinstigen Nachlasses dieser Person zusteht, sondern sie ist schon an sich ein Recht: sie ist gleichsam ein Vor-Recht, welches als Vorbereitung für das dereinstige unbedingte Recht dient. So ist denn auch diese Anwartschaft vererblich und veräußerlich, wenn nur das fertige Recht, auf welches sie sich bezieht, vererblich und veräußerlich ist. Die Hauptwirkung des Anwartschaftsrechts zeigt sich freilich erst nachträglich, wenn die Bedingung erfüllt und damit der Schwebezustand beendigt ist. — Das Recht auf Sicherheitsleistung gilt namentlich in folgenden Fällen.

α) Bei einer bedingten Forderung, wenn der Schuldner eine juristische Person ist und sein Vermögen auf andere Personen übertragen will [4]);

β) Bei einer bedingten Forderung, wenn der Schuldner in Konkurs verfällt und der Verwalter eine Verteilung vornehmen will; doch gilt, wenn die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung eine so entfernte ist, daß die Anwartschaft des Gläubigers auf die Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswert hat, [5]) der Anspruch auf Sicherstellung nur bei den Abschlagsverteilungen, während bei der Schlußverteilung die Forderung ganz unberücksichtigt bleibt.

γ) Bei bedingten Rechten aller Art, wenn die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung eines Arrestes oder zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung vorliegen. In diesem Falle kann z. B. der, dem eine Sache bedingt übereignet ist, schon während des Schwebezustandes dritten Personen eine thatsächliche Benutzung der Sache oder eine rechtliche Verfügung darüber untersagen. Doch gilt auch hier eine Ausnahme, wenn die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung eine sehr entfernte ist. [6])

b) Wenn die Bedingung erfüllt wird, ist der bisherige Anwärter zum wirklichen Rechtsinhaber geworden und kann von nun ab das Recht im vollen Umfang geltend machen. Dabei zeigt es sich nun aber als praktisch höchst erheblich, daß er zwar das Recht selbst erst in diesem Augenblicke erworben, aber doch bereits vorher ein Vor-Recht besessen hat.

α) Das Alter des fertigen unbedingten Rechts wird nicht von dem Tage, an dem die Bedingung erfüllt, sondern von dem Tage, an dem das Vor-Recht entstanden ist, datiert. Das ist wichtig z. B. für die Rangordnung mehrerer an derselben Sache begründeten Pfandrechte; ferner fällt ein bedingtes Recht des Gemeinschuldners in die Konkursmasse, auch wenn die Bedingung erst nach Eröffnung des Konkurses eintritt u. s. w. Sonach erscheint das unbedingte Recht nur als die Fortsetzung des früheren Anwartschaftsrechts.

---

4) Siehe RGB. 52 Abs. 2.
5) Novelle zu Konk.Ordn. 60, 142 (zur Zeit noch Entwurf).
6) Novelle zur ZPO. 796 (Entwurf).

β) Hat eine Person, gegen welche das unbedingte Recht wirksam ist, das Recht in der Schwebezeit schuldhaft beeinträchtigt, so ist sie nunmehr zum Schadensersatz verpflichtet. Das Gleiche gilt, wenn sie in der Schwebezeit die Entstehung des Rechts ganz verhindert hat.[7])

Beispiel. Mir sind Wertpapiere bedingt verpfändet und bei einem Bankier hinterlegt; noch vor Eintritt der Bedingung entsteht durch Fahrlässigkeit des Bankiers ein Brand, bei welchem auch jene Papiere mitverbrennen; der Bankier ist, wenn die Bedingung später eintritt, mir zum Schadensersatz verpflichtet. Ist der Brand nicht von dem Bankier selbst, sondern von einem Nachbarn verschuldet, so ist der Nachbar ersatzpflichtig.

γ) Hat derjenige, welcher das bedingte Recht bestellt hat, während der Schwebezeit über den Gegenstand des Rechts anderweit verfügt, so verlieren derartige Zwischenverfügungen nunmehr ihre Wirksamkeit insoweit, als sie die Rechtsstellung des bedingt Berechtigten beeinträchtigen. In gleichem Umfang sind Pfändungen und Beschlagnahmen, welche in der Schwebezeit den Gegenstand des bedingten Rechts betroffen haben, nunmehr unwirksam. Hier zeigt also das in der Schwebezeit bestehende Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten nicht bloß, wie zu β, obligatorische Wirkung, indem es den, der die Anwartschaft schädigt, mit einer Schadensersatzpflicht belegt, sondern es hat dingliche Kraft.[8])

Beispiel. A. hat einen ihm gehörigen angeblichen Rembrandt an B. verkauft und durch Besitzvertretung übereignet unter der Bedingung, daß der Sachverständige M. das Bild für echt erklären würde. Gleich darauf bietet C. dem A. den unbedingten Kauf des Bildes an, und A. übereignet das Bild wirklich unbedingt an C. Nun erklärt M. das Bild für echt. Die Übereignung an C. ist — sofern C. nicht etwa gemäß RGB. 932 ff. durch seinen guten Glauben geschützt wird — unwirksam, B. dagegen ist unbedingter Eigentümer des Bildes geworden.

Es liegt nahe, die vorstehenden Regeln zu dem Satze zu erweitern: die Erfüllung der Bedingung habe rückwirkende Kraft derart, daß das unbedingt gewordene Recht so behandelt werde, als sei es von jeher unbedingt gewesen. Jedoch wäre dieser Satz nicht richtig. Namentlich hat der bedingt Berechtigte keinen Anspruch auf die Nutzungen, welche der Gegenstand des Rechts in der Schwebezeit gewährt hat. Doch können die beteiligten Parteien natürlich das Gegenteil, also die rückwirkende Kraft der Bedingungserfüllung auch mit Bezug auf die Nutzungen der Zwischenzeit, rechtsgeschäftlich festsetzen: eine solche Festsetzung hat aber nur obligatorische, nicht dingliche Kraft.[9])

c) Wenn die Erfüllung der Bedingung unmöglich wird, fällt das bedingte Recht als solches, also die Anwartschaft auf das unbedingte Recht, fort. Alle in der Schwebezeit getroffenen Sicherungsmaßregeln sind nunmehr aufzuheben.

7) RGB. 160.
8) RGB. 161.
9) RGB. 159, siehe auch oben S. 154 a.

3. Von ganz anderer Art ist eine **auflösende** (resolutive) Bedingung: sie bestimmt, daß das durch das Rechtsgeschäft begründete Recht (oder die sonstige durch das Geschäft begründete Rechtswirkung) ganz oder teilweise fortfallen soll, wenn ein künftiges ungewisses Ereignis eintritt. Doch kommt einer derartigen auflösenden Bedingung regelmäßig noch ergänzend eine aufschiebende Bedingung hinzu: das Recht, welches auflösend bedingt ist, soll nämlich bei Erfüllung der Bedingung zu Gunsten einer bestimmten Gegenpartei fortfallen, sei es, daß das Recht auf diese Gegenpartei einfach übergeht, sei es, daß durch den Fortfall des Rechts die Gegenpartei von einer Last befreit wird. Die nämliche Bedingung, deren Erfüllung die eine Partei mit dem Verlust ihres Rechts bedroht, verheißt also der Gegenpartei einen Rechtsgewinn. So wirkt die auflösende Bedingung in der That gleichzeitig, vom Standpunkt der Gegenpartei aus gesehen, als aufschiebende Bedingung. Daraus ergeben sich die folgenden Regeln.

a) Solange die auflösende Bedingung nicht erfüllt ist, aber noch erfüllt werden kann, besteht ein Schwebezustand. Während dessen hat der Inhaber des auflösend bedingten Rechts den Vollgenuß dieses Rechts, kann also das Recht in seinem ganzen Umfang geltend machen; wer z. B. mit auflösender Bedingung das Eigentum einer Sache erworben hat, kann die Sache weiterübereignen, wie ein unbedingter Eigentümer; wer unter auflösender Bedingung eine Forderung erlangt hat, kann vom Schuldner Erfüllung der Forderung verlangen u. s. w. Nur in einer Beziehung ist er schlechter gestellt als der Inhaber eines unbedingten Rechts; er ist dem Inhaber des entgegenstehenden aufschiebend bedingten Rechts zur Sicherheitsleistung verbunden, wenn er durch Ausübung seines eigenen Rechts das Gegenrecht gefährdet. Die näheren Bedingungen dieser Sicherungspflicht sind oben zu 2a genannt.

Beispiel. A. schenkt seinem Bruder B. eine Hypothek von 9000 Mark unter der auflösenden Bedingung, daß dieser seinen Plan, nach Amerika auszuwandern, nicht ausführt. Hier steht dem auflösend bedingten Rechte des B. an der Hypothek ein aufschiebend bedingtes Recht des A. an der nämlichen Hypothek gegenüber, jenes unter der Bedingung, daß B. nicht auswandert, dieses unter der Bedingung, daß B. auswandert. Nun verfällt B. in Konkurs. Sein Konkursverwalter kann die Hypothek kündigen und einziehen wie er will, muß aber dem A. gemäß der Regel 2a β Sicherheit dafür bestellen, daß, wenn B. schließlich doch auswandert, die Hypothek oder deren Wert an A. zurückfällt.

b) Wenn die Bedingung erfüllt wird, verliert der bedingt Berechtigte von nun ab sein bisheriges Recht; hatte ihm z. B. die Gegenpartei eine Sache bedingt übereignet oder eine Forderung bedingt abgetreten, so fällt mit der Erfüllung der Bedingung Eigentum oder Forderung an die Gegenpartei zurück, und zwar sofort und von Gesetzeswegen, ohne daß erst eine Rückübertragung des Eigentums oder der Forderung nötig wäre. Dabei zeigt es sich nun als praktisch höchst erheblich, daß schon vorher, schon während des Schwebezustandes, die Gegenpartei ein aufschiebend bedingtes Gegenrecht besaß. So kehren hier

die gleichen Regeln wieder wie bei der Erfüllung der aufschiebenden Bedingung, nur in umgekehrter Richtung.[10])

α) Hat der Inhaber des auflösend bedingten Rechts während des Schwebezustandes schuldhaft das aufschiebend bedingte Recht der Gegenpartei beeinträchtigt oder geschmälert, so ist er ihr zu Schadensersatz verbunden.

β) Hat er während des Schwebezustandes über den Gegenstand seines Rechts verfügt oder ist in dieser Zeit eine Pfändung oder Beschlagnahme dieses Gegenstandes erfolgt, so ist die Maßregel insoweit unwirksam, als sie das aufschiebend bedingte Recht der Gegenpartei beeinträchtigt oder vereitelt.

Eine eigentliche Rückbeziehung des Rechtsverlusts tritt nur ein, wenn sie besonders vereinbart ist und hat alsdann nur obligatorische Wirkung; im Zweifel verbleiben also dem bedingt Berechtigten alle Früchte, die er in der Schwebezeit gezogen hat.

c) Wird die Erfüllung der Bedingung unmöglich, so ist das Recht des bisher bedingt Berechtigten nunmehr unbedingt geworden.

4. In gewissen Fällen wird eine Bedingung gesetzlich als erfüllt behandelt, obschon sie in Wahrheit nicht erfüllt ist — dann nämlich, wenn die Erfüllung von der Partei, zu deren Nachteil sie gereicht, wider Treu und Glauben verhindert wird. Umgekehrt: in gewissen Fällen wird eine Bedingung gesetzlich als nicht erfüllt behandelt, obschon sie in Wahrheit erfüllt ist, — dann nämlich, wenn die Erfüllung von der Partei, zu deren Vorteil sie gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt ist.[11])

Beispiel. Ein Vermächtnis soll an A. fallen, wenn dieser ein bestimmtes Mädchen heiratet, anderenfalls an B. Nun verhindert B. den A. an der Erfüllung der Bedingung, indem er selber das Mädchen zur Frau nimmt. Hat B. dies nur gethan, um dem A. das Vermächtnis abzugewinnen, so ist das wider Treu und Glauben; die Bedingung ist deshalb als von A. erfüllt anzusehen, obschon sie in Wahrheit nicht erfüllt ist; A. bekommt also das Vermächtnis. Hat dagegen B. sich unabhängig von dem Vermächtnis um das Mädchen beworben, so liegt ein Verstoß wider Treu und Glauben nicht vor, wenn er seine Bemühungen jetzt fortsetzt und dabei erfolgreich ist; alsdann gilt also die dem A. auferlegte Bedingung als nicht erfüllt; B. erhält das Vermächtnis. — Von dieser einen positiven Regel abgesehen, kann die Frage, ob eine Bedingung als erfüllt gelten soll, lediglich nach Lage des Einzelfalls auf Grund freier Auslegung des Rechtsgeschäfts beantwortet werden. Zweifel entstehen namentlich, wenn die Bedingung auf eine Handlung des bedingt Berechtigten gestellt ist. Beispiele. Ein Pfarrer vermacht seiner früheren Magd, die liederlich geworden, eine Rente unter der Bedingung, daß ihr anstößiges Leben aufhöre; das Mädchen hat keine Lust dazu; da wird es geisteskrank und kommt in ein Irrenhaus, wo es seitdem ehrsam lebt, ohne irgend welchen Anstoß zu geben; man wird trotzdem im Sinne des Erblassers sagen, die Bedingung sei nicht erfüllt. Nehmen wir den gleichen Fall, nur daß es sich um ein Vermächtnis des Erblassers an eine nahe Verwandte handelt, so wird die Entscheidung umgekehrt ausfallen. — A. schenkt dem B. seine Gemäldegallerie unter der Bedingung, daß B. ein Majorat errichte und diesem die Gallerie einverleibe; B. ist auch dazu bereit; es wird ihm aber die erforderliche Bestätigung vom Oberlandesgerichte verweigert. Ähnlich: M. schenkt dem N. eine Summe unter der Bedingung, daß dieser seine häßliche Klage wider seine Geschwister zurücknehme; N. erklärt auch

---

10) RGB. 160, 161, 159.

11) RGB. 162.

wirklich die Klagezurücknahme, erhält aber nicht die erforderliche Einwilligung seiner Geschwister. Im ersteren Falle halte ich die Bedingung für nicht erfüllt, in letzterem für erfüllt; dort setze ich die Bereitschaft zur Handlung der vollzogenen Handlung nicht gleich, hier setze ich sie gleich.

5. Bei manchen Rechtsgeschäften sind Bedingungen unzulässig; so bei der Auflassung, der Erbschaftsannahme, der Eheschließung. Wird trotzdem dem Rechtsgeschäft eine Bedingung zugefügt, so ist es nichtig.[12])

6. Entsteht darüber ein Streit, ob ein bestimmtes Recht aufschiebend oder auflösend bedingt oder unbedingt sei, so trifft die Beweislast den Inhaber des Rechts.[13])

b) Befristung.

§ 62.

1. Befristung im Sinne der folgenden Regeln ist die rechtsgeschäftliche Nebenbestimmung, kraft deren die Wirkung des Rechtsgeschäfts ganz oder teilweise von dem Herankommen eines zukünftigen Termins abhängig ist. Entweder ist die Befristung aufschiebend, oder sie ist auflösend; in ersterem Fall soll die Wirkung des Rechtsgeschäfts ganz oder teilweise eintreten, in letzterem Fall soll die Wirkung ganz oder teilweise aufhören, wenn der Termin herangekommen ist. Sowohl bei der aufschiebenden wie bei der auflösenden Befristung ist es entweder gewiß, daß der Termin irgend einmal herankommen wird, oder es ist dies ungewiß.

2. Die Befristung mit einem gewissen Termin wird ähnlich behandelt wie eine Bedingung. Bei der aufschiebenden Befristung hat also der Berechtigte, solange der Termin noch nicht herangekommen ist, das befristete Recht noch nicht erworben, sondern besitzt nur eine Anwartschaft auf dies Recht, ein Vor-Recht, welches ihm im Falle der Gefahr einen Anspruch auf Sicherstellung giebt; erst wenn der Termin da ist, fällt das volle Recht ihm zu. Umgekehrt: bei der auflösenden Befristung hat der Berechtigte, solange der Termin noch nicht herangekommen ist, den Vollbesitz des befristeten Rechts; aber eine andere Partei steht ihm gegenüber, welche schon jetzt die Anwartschaft darauf besitzt, daß mit der Herankunft des Termins jenes Recht zu ihren Gunsten erlösche und welche im Falle der Gefahr die Sicherstellung ihrer Anwartschaft begehren kann; und wenn der Termin gekommen ist, erlischt jenes Recht wirklich sofort, ohne daß es erst eines besonderen Verzichts des Berechtigten oder einer Übertragung auf die Gegenpartei bedürfte. Ebenso gelten, wenn der Inhaber eines aufschiebend befristeten Rechts vor Herankunft des Termins durch rechtliche Verfügungen des Begründers seines Rechts oder durch schuldhafte Handlungen thatsächlicher Art geschädigt wird, oder umgekehrt, wenn der Inhaber eines

---

12) RGB. 925, 1947, 1317, 1724, 1742, 388 u. s. w.

13) Über diese sehr zweifelhafte Frage s. z. B. Bekker 2 § 116 Beilage III.

auflösend befristeten Rechts durch seine eigenen rechtlichen Verfügungen oder seine eigenen schuldhaften Handlungen die Gegenpartei schädigt, die gleichen Regeln, wie sie oben für die Inhaber aufschiebend oder auflösend bedingter Rechte entwickelt sind.[1]) Doch gelten folgende Verschiedenheiten.[2])

a) Hat der Schuldner irrtümlich eine aufschiebend befristete Forderung erfüllt, so kann er das Geleistete nicht zurückfordern.

b) Im Konkurse des Schuldners werden aufschiebend befristete Konkursforderungen sofort fällig.

3. Eine Befristung mit ungewissem Termin enthält zugleich eine echte Bedingung und wird deshalb einfach als solche behandelt, ohne daß die beiden soeben erwähnten Besonderheiten Platz greifen.

4. Rechtsgeschäfte, die keine Bedingungen vertragen, vertragen auch keine Befristungen.[3])

5. Auslegung der Rechtsgeschäfte.

§ 63.

Das deutsche Recht geht von dem Satze aus: „ein Mann ein Wort." Was jemand sagt oder schreibt, dabei soll er bleiben. Jeder darf im rechtsgeschäftlichen Verkehr den Andern „beim Worte" nehmen: so fordern es Treu und Glauben.[1])

Im altdeutschen Rechte ist dieser Satz rein formalistisch verstanden worden. Einerseits sollte er nur für solche Worte gelten, die in das Gewand der vorgeschriebenen Formen gekleidet waren: das formlos geäußerte Wort war ganz unverbindlich. Andrerseits sollte er für die der Formvorschrift genügenden Worte mit allergrößter Strenge angewendet werden: das formvolle Wort war in buchstäblichem Sinne auszulegen.[2])

So war das altdeutsche Recht bei einer am Worte haftenden Auslegung der Rechtsgeschäfte angelangt. Das war eine Übertreibung. Sie mochte einer älteren Stufe der Rechtsentwicklung geziemen, war aber mit jüngeren Rechtsanschauungen nicht verträglich. Seit Ende des Mittelalters ist sie denn auch — unter dem beschleunigenden Einfluß des römischen Rechts — preisgegeben worden. Mit der Preisgabe der besonderen formalistischen Ausgestaltung des Satzes „ein Mann ein Wort" ist aber nicht zugleich der innere Kern dieses Satzes verloren gegangen. Vielmehr hat ihn auch das jüngere Recht sich zu wahren gewußt. Demgemäß gelten nunmehr nach Reichsrecht die folgenden Regeln.

---

1) RGB. 163.
2) RGB. 813; Konk.Ordn. 58, 62.
3) RGB. 925, 1947, 1317, 1724, 1742, 388 u. s. w.
1) Siehe RGB. 157 (gilt freilich dem Wortlaut nach nur für Verträge), 242.
2) Heusler 1 S. 60; Gierke, Privatr. 1 § 33 [21], [83].

1. Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ist zunächst nach Maßgabe des gewöhnlichen Äußerungsgebrauchs — insbesondere die „wörtliche“ Willensäußerung nach Maßgabe des gewöhnlichen „Sprachgebrauchs“ — auszulegen. Und zwar ist maßgebend der Gebrauch des Orts, an dem die Äußerung abgegeben, bei Äußerungen unter Abwesenden der Gebrauch des Orts, von wo die Äußerung abgesendet wurde.

2. Nach der älteren formalistischen Methode war die ebengenannte Auslegungsart die einzig und ausschließlich zulässige. Nach der jüngeren freien Methode dagegen ist diese Auslegungsart nur „zunächst“ anzuwenden, d. h. nur so lange, als sich nicht Zweifel darüber aufdrängen, ob man durch sie den wirklichen Willen des Urhebers der Äußerung erfährt. Sobald ein solcher Zweifel auftaucht, ist die Auslegung zu vertiefen und zu erweitern. Es muß namentlich die Willensäußerung als ein Ganzes aufgefaßt und danach jedes Stück der Äußerung zur Erläuterung der übrigen Stücke verwendet werden. Es muß aber ferner die Willensäußerung auch im Zusammenhang mit den begleitenden „Nebenumständen“ betrachtet werden. Es ist z. B. der besondere Sprach- oder sonstige Äußerungsgebrauch des Urhebers und des Empfängers der Äußerung, es ist der Zweck, den das Rechtsgeschäft erkennbar verfolgt, es sind Verhandlungen, die der Äußerung vorausgingen, und Vorbehalte, durch die sich jemand gegen eine bestimmte Auslegung seiner Äußerungen verwahrt, es ist vor allem die Verkehrssitte, welche sich bei der fraglichen Art von Rechtsgeschäften entwickelt hat, genau zu berücksichtigen. Auf diese Art kann schließlich ein Sinn der Äußerung festgestellt werden, der von dem Sinne weit abweicht, welcher bei ausschließlicher Berücksichtigung des gewöhnlichen Äußerungsgebrauchs jener Äußerung beigelegt werden müßte. Und es gilt alsdann jener erste durch freie Auslegung ermittelte Sinn der Äußerung als maßgebend. Damit wird auch der Satz „ein Mann ein Wort“ nicht verleugnet. Denn, wer ein Wort gesprochen, bleibt auch dann bei diesem seinem Worte stehen, wenn er fordert, daß das Wort nicht aus dem Zusammenhang der begleitenden Umstände herausgerissen, sondern in diesem Zusammenhang gewürdigt werde.

Beispiel. A. bietet dem Vermieter B. für eine Wohnung 2000, B. fordert 3000 Mark; schließlich bietet A. 2400 Thaler. B. schlägt zu und behauptet nun, auf Grund des letzten Angebots müsse A. wirklich 2400 Thaler zahlen und zwar als Miete für ein Vierteljahr. Mit Rücksicht auf die Vorverhandlungen ist es aber zweifellos, daß das Gebot seinem wirklichen Sinne nach auf 2400 Mark ging; mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ist es ebenso zweifellos, daß dieser Betrag als Miete für ein ganzes Jahr gemeint war. Ohne sein Wort zu brechen, kann A. fordern, daß sein Gebot auch von B. in diesem Sinne verstanden werde. — Andere Beispiele siehe oben S. 193.

3. Die Berücksichtigung der Nebenumstände hat aber eine zwiefache Grenze.

a) Die Nebenumstände dürfen niemals für sich allein berücksichtigt werden, mögen sie noch so klar ergeben, was der wirkliche Wille einer Partei gewesen

ist; denn es kommt nicht darauf an, festzustellen, was die Partei überhaupt irgend einmal und irgendwo gewollt hat, sondern welchen Willen sie gerade in dem bestimmten jetzt auszulegenden Rechtsgeschäft geäußert hat. Somit kommen die Nebenumstände immer nur in Verbindung mit der rechtsgeschäftlichen Äußerung in Betracht. Sie sind eben nur „Auslegungsmittel" für die Äußerung.

Beispiel. A. verkauft dem B. zwölf genau bezeichnete Bilder aus seiner Sammlung zu bestimmten Einzelpreisen. Aus den Vorverhandlungen ist ersichtlich, daß A. noch eine Statuette unentgeltlich zugeben wollte; die Parteien haben aber vergessen, bei ihrer letzten, endgültigen Vereinbarung dies zu erwähnen. Dann ist die Zugabe der Statuette rechtlich nicht vereinbart, weil sie nicht „geäußert" ist; durch keine Macht der Auslegung kann sie in den Vertrag hineingebracht werden. — Anders liegt vielleicht der Fall, wenn der Vertrag die zwölf Bilder und ihren Preis nur insgesamt ohne genaue Benennung der einzelnen Stücke und einzelnen Preise erwähnte; dann könnte man darin bloß eine abgekürzte Bezeichnung des durch frühere Verhandlungen genauer festgestellten Kaufgegenstandes erblicken und die Statuette in den Vertrag zwanglos „hineininterpretieren".

Hieraus folgt auch, daß bei einem Formalgeschäft die Auslegung sich auf Nebenumstände, die in dem Geschäft keinen Ausdruck gefunden haben, nur mit größter Vorsicht stützen darf.

b) Zur Auslegung empfangsbedürftiger Willensäußerungen darf der Urheber sich nur auf solche Nebenumstände berufen, die für den Empfänger der Äußerung zu der Zeit, da die Äußerung ihm zuging, erkennbar waren. Denn die Willensäußerung ist ja für den Empfänger bestimmt; seinetwegen wird der Wille zwar nicht gefaßt, aber doch geäußert; deshalb muß die Äußerung seinem Verständnisvermögen — d. h. nicht dem Verständnisvermögen, welches er thatsächlich besitzt, sondern dem, welches der Urheber der Äußerung bei ihm voraussetzen darf[3]) — angepaßt werden. Mit Recht darf also der Empfänger den Urheber der Äußerung „beim Wort nehmen" in dem Sinn, wie er, der Empfänger, dies Wort hat verstehen müssen; und will der Urheber der Äußerung ausweichen und sich auf Umstände berufen, die dem Empfänger unbekannt sind, um seiner Äußerung einen Sinn beizulegen, der dem Empfänger gleichfalls unbekannt sein mußte, so handelt er wider Treu und Glauben, so dreht und deutelt er an seiner Erklärung, so bricht er den Satz „ein Mann ein Wort".

Beispiel. A. in Breslau schreibt dem aus Schwaben stammenden B. ebenda: „für Ihr neues Bild biete ich 400 Mark, baldige Lieferung vorausgesetzt." B. antwortet: „einverstanden; baldige Lieferung möglich, da das Bild bereits fertig." Dem Boten A.s erklärt B. mündlich: das Bild würde in etwa 14 Tagen fertig sein; der Bote bestellt aber diese Bemerkung dem A. nicht. Die Parteien sind hier in Wirklichkeit nicht einig; denn A. als Schlesier versteht unter „bald" sofort, unter „bereits" schon; der Schwabe B. dagegen versteht unter „bald" binnen kurzer Zeit, unter „bereits" beinahe. Trotzdem muß der Vertrag als abgeschlossen gelten und zwar so, wie A. ihn verstanden hat; denn man muß in Breslau auf die Besonderheiten der schlesischen, nicht aber auf die der schwäbischen Mundart Rücksicht nehmen, und auch die Mitteilung des B. an A.s Boten bleibt außer Betracht.

3) Siehe oben S. 177 b.

Nur ausnahmsweise wird man auch Nebenumstände, die für den Empfänger der auszulegenden Erklärung unerkennbar waren, bei der Auslegung berücksichtigen, nämlich insoweit, als sie dem Empfänger zu der Zeit, da die Erklärung ihm zuging, gleichgültig waren, sodaß der Urheber der Erklärung keinen Anlaß hatte, den Empfänger auf diese Umstände besonders hinzuweisen.[4])

Ein hierher gehöriges Beispiel wird unten in der Lehre von der Stellvertretung erwähnt werden: wenn A. und B. einen Vertrag schließen, ohne daß B. klarstellt, ob A. in eigenem Namen oder als Vertreter eines Anderen handelt, so ist offenbar dem B. sowohl das eine wie das andere recht; demnach kann A. seine Absicht, bloßer Vertreter des C. sein zu wollen, auch mit Umständen beweisen, die dem B. nicht bekannt sein konnten.

c) Bei manchen empfangsbedürftigen Erklärungen ist die Auslegung noch mehr eingeengt, indem hier auf die Sachkenntnis und das Verständnisvermögen nicht bloß des ersten Empfängers der Erklärung, sondern auch dritter Personen Rücksicht zu nehmen ist. Dies gilt namentlich bei Vollmachten, die der Vollmachtgeber in unüblicher Weise beschränkt hat.[5])

d) Besondere Regeln gelten für nicht empfangsbedürftige Erklärungen. 1. Bei manchen von ihnen, z. B. beim Testament, kann der Ausleger sich auch auf heimliche Nebenumstände berufen, d. h. auf solche, welche zwar dem Urheber der Erklärung bekannt, dagegen für keinen der übrigen bei der Erklärung interessierten Personen erkennbar sind. 2. Bei anderen Erklärungen, z. B. den Schuldversprechen in Inhaberpapieren sind umgekehrt nur offenkundige Nebenumstände zu berücksichtigen, d. h. solche, die allen bei der Erklärung interessierten Personen erkennbar sind.

Beispiele: 1. M. setzt in seinem Testamente „Bismark“ zum alleinigen Erben ein: aus seinem streng geheim gehaltenen Tagebuch ergiebt sich nun, daß er seinen Lieblingsneffen N. Bismark zu nennen pflegte; N. wird Erbe. 2. Eine Eisenbahn giebt Fahrkarten II. Klasse mit dem Vermerk „gültig für alle Züge“ aus; später macht sie durch besondere Anzeige bekannt, daß diese Karten „selbstverständlich“ für einen neueingeführten Zug, der nur I. Klasse hat, nicht gültig seien; letztere Auslegung ist unzulässig; denn kein Reisender braucht die Anzeigen der Eisenbahn darauf hin durchzulesen, ob sie etwa mit den eigenen Fahrkarten der Bahn in Widerspruch stehn.

4. Bisher haben wir als Ziel der Auslegung von Rechtsgeschäften nur die Beantwortung der Frage bezeichnet: „was ist als wirklicher Wille der Parteien aus ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu entnehmen?“ oder kürzer: „was haben die Parteien bei Abschluß der Rechtsgeschäfte wirklich gewollt?“ Indes muß sehr oft noch eine zweite schwierigere Frage im Wege der Auslegung beantwortet werden: was würden die Parteien gewollt haben, wenn sie die Sachlage, wie sie schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses bestand oder sich später gebildet hat, beim Geschäftsabschluß gekannt oder besser überlegt haben würden. Auf diese Art der Auslegung sind die bisher entwickelten Regeln entsprechend anzuwenden.

---

4) Siehe unten § 66[1].

5) Siehe unten § 67 I, 1 c.

Beispiel. A. stiftet 1856 ein Familienfideikommiß mit dem Vorrecht der Erstgeburt unter dem Bemerken: „erbberechtigt sind nur Katholiken." Hier ist schon durch gewöhnliche Auslegung festzustellen, daß A. nur römische, nicht griechische Katholiken gemeint hat; an letztere hat er freilich überhaupt nicht gedacht; aber um so mehr hat er an die römischen Katholiken und eben nur an sie gedacht. Nun wird aber nach 1870 der erstgeborene Sohn A.s. B. samt Kindern altkatholisch, der zweite C. „römisch" im neueren Sinn. An diese Unterscheidung hat A. nicht gedacht; sein wirklicher Wille darüber kann also nicht festgestellt werden; auch ein Gesetz, welches die Frage entscheidet, besteht nicht; so ist also maßgeblich: was würde A. gewollt haben, wenn er an ein derartiges Schisma wie das von 1870 gedacht haben würde. Die Antwort muß sein: A. hätte sich für die Partei entschieden, welche thatsächlich obsiegt, also für die römische; somit ist allein C. erbberechtigt. — Diese Entscheidung ist auch dann zutreffend, wenn sich erweisen läßt, daß A. persönlich zu altkatholischen Vorstellungen geneigt hat; denn erstlich ist es ein anderes, ob man sich vor 1870 oder ob man sich nach 1870 zu derartigen Vorstellungen bekannt hat; und zweitens, diese höchstpersönlichen Ansichten A.s haben in der Fideikommißstiftung keinen formellen Ausdruck erhalten, können also rechtlich keine positive Berücksichtigung finden.

5. a) Für eine Reihe von Rechtsgeschäften stellt das Gesetz besondere Auslegungsregeln auf, meist in der Form, daß es sagt: „im Zweifel" soll das Rechtsgeschäft den und den Inhalt haben. Diese Auslegungsregeln greifen erst dann Platz, wenn alle übrigen Auslegungsmittel erschöpft sind, ohne daß der wirkliche Wille der Parteien festgestellt werden kann. Hierher gehört z. B. die Regel, daß die Veräußerung eines Grundstückes sich im Zweifel auch auf das Grundstückszubehör beziehen soll.[6])

b) Dagegen hat das Reichsgesetzbuch andere allgemeinere Auslegungsregeln, wie sie sich in früheren Gesetzen fanden, nicht übernommen. So ist z. B. der Satz, daß eine Erklärung im Zweifel zu Ungunsten dessen, der sie formuliert hat, oder daß ein Schuldversprechen im Zweifel zu Gunsten des Schuldners auszulegen sei, fortab keine bindende Auslegungsregel mehr, sondern nur im Einzelfall unter freier Würdigung der Sachlage zu verwenden. — Da übrigens grundsätzlich der Gläubiger beweisen muß, welchen Inhalt sein Recht hat, so wird er mit seinen Ansprüchen abgewiesen, wenn die von ihm behauptete Verpflichtung des Schuldners zweifelhaft bleibt. In diesem Sinne — also nicht als Auslegungs-, sondern als Beweisregel — wird auch in Zukunft der Satz gelten: Zweifel über den Inhalt eines Vertrages sind zu Gunsten des Schuldners zu entscheiden.[7])

6. Auseinandergehen von Willensäußerung und Wille.[1])

§ 64.

Aus den im vorigen Paragraphen entwickelten Auslegungsregeln ergiebt sich, daß unser Gesetz nicht darauf ausgeht, den wahren und wirklichen Willen,

---

6) RGB. 926. 7) Motive 1 S. 155.

1) Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen (83); Zitelmann, Jahrb. f. Dogm. 16 S. 357 (78); Eisele ebenda 25 S. 414 (87); Kohler ebenda 16 S. 91, 325 (78), 28 S. 166 (89); Pfizer ebenda 29 S. 107 (90). Siehe auch die Litteratur oben S. 145[1].

welcher den rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien zu Grunde liegt, zu ermitteln, um ihn dann zum Herrn des rechtsgeschäftlichen Lebens zu machen. Und zwar vermeidet das Gesetz dies Ziel nicht etwa ungern oder mit innerem Bedauern, weil es den wahren Parteiwillen als einen unsichtbaren, unhörbaren, rein seelischen Vorgang nicht zu erfassen vermag — in der Art, wie man es aufgiebt, ein Ideal zu erreichen, weil man sich seiner eignen Unvollkommenheit gar zu sehr bewußt ist. Vielmehr verzichtet das Gesetz auf die Erforschung des inneren Parteiwillens auch in solchen Fällen, wo es an Mitteln zu dessen Erkenntnis keineswegs gebricht, indem es z. B. bei der Auslegung einer empfangsbedürftigen Erklärung die Berücksichtigung aller Nebenumstände verwirft, die für den Empfänger der Erklärung nicht erkennbar waren, mögen sie auch durch Zeugnis dritter Personen aufs deutlichste festgestellt werden können. Das Gesetz ist eben unparteiisch; bei der Würdigung der rechtsgeschäftlichen Willensäußerungen denkt es nicht bloß an ihren Urheber, sondern auch an die anderen Personen, welche durch die Äußerungen betroffen werden sollen, und bestimmt demgemäß: nicht was die Partei in ihrem Innern will, sondern nur, was aus ihrem äußeren Verhalten, für die anderen Beteiligten erkennbar, als ihr Wille hervortritt, soll Geltung haben. So kann es geschehen, daß eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung ohne alle Wirkung bleibt, weil sie den Willen des Urhebers garnicht oder nur undeutlich erkennbar macht, oder daß sie eine Wirkung allerdings ausübt, aber eine ganz andere, als ihr Urheber wollte, indem seine Äußerung in einem anderen Sinn verstanden wird, als er selber sie gemeint hat; hier führt also die dem Gesetz entsprechende Auslegung der Willensäußerung absichtlich und bewußt zu einer Änderung oder, wenn man es noch schroffer ausdrücken will, zu einer Fälschung ihres Inhalts. Das Gesetz stellt eben als leitende Regel auf: „nicht ein Mann, ein Wille,“ sondern „ein Mann, ein Wort“. Jeder mag sein Wort so einrichten, daß es seinen wahren Willen kund thut; versäumt er dies, so muß er eben wider Willen beim Worte bleiben.

Aber nicht in ihrer vollen Reinheit führt unser Gesetz diese seine Regel durch; vielmehr gestattet es in gewissen Fällen, daß eine Partei mangels wahren Willens von ihrem Worte zurücktritt, oder es erklärt ein Rechtsgeschäft wegen mangelnden Willens einer Partei sogar für nichtig. Indes wäre es verkehrt, hierin geradezu eine Preisgabe jener leitenden Regel zu sehen. Denn erstlich sind es eben nur „gewisse Fälle“, in denen das Gesetz auf den mangelnden Willen einer Partei Rücksicht nimmt; im übrigen (namentlich im Falle der Mentalreservation und des bei verständiger Würdigung der Sachlage unerheblichen Irrtums) wird die Partei dagegen trotz allen Willensmangels beim Worte festgehalten. Und zweitens: auch dann, wenn wegen mangelnden Willens der Rücktritt vom Wort statthaft oder das Geschäft nichtig ist, muß der Urheber der „willenlosen Willensäußerung“ doch insofern bei seinem Worte bleiben, als er der gutgläubigen Gegenpartei den Schaden ersetzen muß,

der ihr dadurch entstanden ist, daß sie der Gültigkeit seines Worts getraut hat.

Das ältere Recht hat den Willensmangel bei Rechtsgeschäften noch garnicht berücksichtigt;[2]) zu seiner formalistischen Behandlung der Rechtsgeschäfte hätte solche Rücksichtnahme auch nicht gepaßt. Erst das römische Recht hat hierin Wandel geschaffen und damit unser Recht wesentlich verfeinert. Doch war diese Rechtsänderung eine Rechtsverbesserung nicht in jeder Beziehung, schon aus dem Grunde, weil die römischen Regeln so unbestimmt waren, daß aus ihnen ein Knäuel von Streitfragen entstand; auch kannte das römische Recht den Satz noch nicht, daß jeder, dessen Willensäußerung wegen Willensmangels ungültig ist, die Gegenpartei schadlos halten muß, obschon dieser Satz die römischen Regeln nach unserer deutschen Rechtsanschauung erst wirklich brauchbar macht. Auch die deutschen Landesrechte waren über die Fehler des römischen Rechts nicht hinweggekommen. Erst das Reichsgesetzbuch hat die römische Lehre derart abgeändert, daß sie im ganzen eine geeignete Grundlage für die Behandlung der Rechtsgeschäfte abzugeben verspricht.

Die einzelnen Fälle, in denen das Reichsgesetzbuch auf den Willensmangel Rücksicht nimmt, sind die folgenden.

I. Scheingeschäfte.

1. Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn der Urheber einer Willensäußerung absichtlich einen Willen äußert, den er in Wahrheit nicht hatte, wenn also seine Äußerung keine ernstliche war. Ein Geschäft dieser Art ist nichtig unter folgenden Voraussetzungen[3]):

a) der Äußernde war mit der Gegenpartei darüber im Einverständnis, daß die Äußerung nur zum Scheine erfolge; oder

b) er war zwar nicht mit der Gegenpartei im Einverständnis hierüber, aber gab sich einseitig der Erwartung hin, die Gegenpartei würde erkennen, daß er sich nicht im Ernst geäußert habe; oder

c) er hat darauf, ob die Gegenpartei den Mangel an Ernst auf seiner Seite erkennen würde, gar keine Rücksicht genommen; vielleicht hat er sogar erwartet, die Gegenpartei würde den Mangel nicht erkennen: er hat sie täuschen wollen; thatsächlich hat aber die Gegenpartei trotzdem — z. B. durch Mitteilungen dritter Personen — den Mangel erkannt.

Zu a. und c. sind nur empfangsbedürftige Willensäußerungen in Frage; Gegenpartei ist der Empfänger der Äußerung. Zu b. dagegen kann die Äußerung auch eine nicht empfangsbedürftige sein; Gegenpartei sind alsdann alle Personen, die von der Äußerung rechtlich berührt werden.

Beispiele. a) F. verkauft dem G. sein Geschäft, verabredet aber mit ihm, es solle nur zum Schein geschehen, um die Gläubiger des F. zu hindern, die Zwangsvollstreckung in das Geschäftsvermögen zu betreiben. b) Lieutenant A. bestellt in einem Tone, von dem er meint, man müsse ihn sofort als scherzhaft erkennen, bei dem Juwelier B. den teuersten Schmuck

---

2) Heusler 1 S. 60. 3) RGB. 116—118.

aus dem Laden; B. nimmt die Bestellung ernst, legt dem A. einen Schmuck, der 80000 Mk. kosten soll, vor und fordert dessen käufliche Abnahme. c) M. bietet dem N. eine unglaubliche Erfindung, die jährlich eine Million Gewinn abwerfen soll, zum Kauf an, in der Meinung, N. werde den Scherz nicht merken und sich lächerlich machen; N. merkt aber den Scherz doch und will nun den M., indem er seinerseits auf den Kauf zum Schein eingeht, in Verlegenheit bringen.

2. In allen drei Fällen ist das Scheingeschäft nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig. Weder kann der Urheber der nicht ernstlichen Willensäußerung daraus ein Recht für sich herleiten, noch kann dies die Gegenpartei oder irgend ein Dritter[3a]) thun. Nur wenn zwischen zwei Personen in beiderseitigem Einverständnis ein Scheingeschäft geschlossen wird, welches ein anderes Rechtsgeschäft, dessen Abschluß die Parteien im Ernst beabsichtigen, verdecken soll, ist das vorgeschützte Geschäft bloß als solches nichtig, dagegen das dadurch verdeckte Geschäft gültig, vorausgesetzt natürlich, daß dessen besonderen gesetzlichen Erfordernisse Genüge gethan ist.[4])

Beispiel. X. will dem Y. ein Haus schenken, läßt es ihm auch auf, giebt aber zur Vermeidung des hohen Schenkungsstempels im Einverständnis mit Y. vor, er verkaufe diesem das Haus zu einem bestimmten geringen Preise. Hier ist der Kauf als solcher nichtig: weder kann X. von Y. die Zahlung des angeblichen Kaufpreises fordern, noch kann Y. den X. als Verkäufer haftbar machen, wenn das Haus sich etwa baufällig zeigt. Dagegen ist das Geschäft als Schenkung gültig.

3. Zeitlich begrenzt ist das Recht, die Nichtigkeit des Scheingeschäfts geltend zu machen, nicht. Wird z. B. eine vor 40 Jahren zum Schein im Grundbuch eingetragene Hypothek eingeklagt, so ist noch jetzt der Einwand der Simulation zulässig.

4. Die Nichtigkeit des Geschäfts greift auch dann Platz, wenn der Urheber der Scheinäußerung schuldhaft gehandelt hatte. So ist in dem zweiten oben genannten Falle das Geschäft selbst dann nichtig, wenn die Erwartung des Urhebers der Scheinäußerung, die Gegenpartei werde den Scherz merken, völlig willkürlich war, und die Gegenpartei auch thatsächlich den Scherz nicht gemerkt hat.

5. Doch läßt es das Gesetz in eben diesem zweiten Falle dabei nicht bewenden, daß es das Geschäft für nichtig erklärt, sondern es verpflichtet zugleich den Urheber der Scheinäußerung zum Schadensersatz an die Gegenpartei.[5])

a) Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Urheber der Scheinäußerung außer Schuld war, z. B. wenn er vernünftige Ursache hatte zu glauben, man würde seine Äußerung nicht für Ernst nehmen. Denn der Grund der Ersatzpflicht ist ja — wie bereits festgestellt — die Regel „ein Mann, ein Wort", die Regel also, daß jeder, der eine Äußerung abgiebt, der Gegenpartei für sein Wort einstehen muß. Nicht als ob das Gesetz verböte, Äußerungen z. B. zum Scherz abzugeben; aber wer Scherz treibt, thut es, falls die Gegenpartei den Scherz mißversteht, auf seine Gefahr.

3a) Siehe aber RGB. 405 (unten § 114, III 2a).

4) RGB. 117 Abs. 2. 5) RGB. 122.

b) Dagegen versagt die Ersatzpflicht, wenn die Gegenpartei den Mangel des Ernstes auf Seiten des Äußernden erkannt oder nur aus Fahrlässigkeit verkannt hat; denn man darf einen Anderen nur dann beim Worte nehmen, wenn man seiner eignen Pflicht genügt und dem Worte die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt, in unserem Falle also das Wort auf seine Ernstlichkeit hin verständig geprüft hat.

c) Zu ersetzen ist das „negative Geschäftsinteresse“ der Gegenpartei [6]), d. h. aller Schaden, den die Gegenpartei dadurch erlitten hat, daß sie auf die Gültigkeit der Äußerung vertraute, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches die Gegenpartei an der Gültigkeit der Äußerung hatte.

Verfolgen wir das zweite oben zu 1 genannte Beispiel: A. braucht in diesem Falle keinen Schadensersatz zu leisten; denn B. hätte bei einiger Überlegung sich sagen müssen, daß A. nur scherzte, hat also den Mangel des Ernstes nur aus Fahrlässigkeit verkannt. — Nun nehme man aber an, A. setzt den Scherz noch fort, als B. ihm den Schmuck für 80 000 Mk. vorlegt und erklärt, gerade diesen Schmuck kaufen zu wollen; B. handelt nicht fahrlässig, wenn er den Scherz nunmehr für Ernst nimmt. A. braucht den Schmuck auch jetzt freilich nicht abzunehmen; denn seine Bestellung ist ja nichtig; er ist aber dem B. schadensersatzpflichtig. In welcher Höhe hängt von der Lage des Falles ab. a) Nehmen wir an, daß A. den B. sofort aufklärt, nachdem der Kauf abgeschlossen ist. Dann hat B., vorausgesetzt, daß der Schmuck ihm selber 50 000 Mk. gekostet hat, einen Schaden von 80 000 — 50 000 = 30 000 Mk. Aber dieser Schaden ist dadurch entstanden, daß der zu 80 000 Mk. geschlossene Kauf thatsächlich ungültig war, nicht aber dadurch, daß B. auf die Gültigkeit des Kaufs sich verlassen hat; da nur ein Schaden der letzteren Art ersatzfähig ist, ist also die Schadensersatzpflicht des A. = 0. b) Nehmen wir dagegen an, daß A. den B. nicht aufklärt, sondern mit dem Bemerken fortgeht, er werde den Schmuck binnen 3 Tagen abholen; Tags drauf bietet jemand für den Schmuck 75 000 Mk.; B. würde für diesen Preis verkaufen, lehnt aber ab, da er sich dem A. verpflichtet glaubt; nun ist er wirklich durch sein Vertrauen in die Gültigkeit des Kaufs geschädigt, und zwar um 75 000 — 50 000 Mk.; seine Ersatzforderung geht also jetzt auf 25 000 Mk. c) Einen Tag später bietet ein anderer Liebhaber 85 000 Mk.; B. lehnt wiederum ab; jetzt ist er durch sein Vertrauen in die Gültigkeit des Kaufs um 85 000 — 50 000 Mk. geschädigt; er kann aber diese 35 000 Mk. nicht voll erstattet fordern; denn wenn der Kauf gültig gewesen wäre, hätte er ja nur 80 000 — 50 000 Mk. gewonnen; sein Interesse an der Gültigkeit des Scheinkaufs beträgt also nur 30 000 Mk.; darüber hinaus ist ihm Ersatz nicht zu gewähren.

6. Bei den übrigen Arten der nichtigen Scheingeschäfte (oben 1 a, c) ist eine Schadensersatzpflicht des Urhebers der Scheinäußerung nicht anerkannt. Das ist, soweit das Verhältnis des Urhebers zur Gegenpartei in Frage kommt, selbstverständlich, weil ja die Gegenpartei in den hierher gehörigen Fällen den Mangel an Ernst auf Seiten des Urhebers gekannt hat. Dagegen hätte sich eine Ersatzpflicht gegenüber dritten Personen, an welche die Scheinäußerung zwar nicht gerichtet war, die aber zufällig von ihr hörten und auf ihre Ernstlichkeit vertrauten, wohl rechtfertigen lassen; indes hat das Reichsgesetzbuch angenommen, daß wer eine Erklärung an eine bestimmte Adresse abgiebt, nur auf diese Adresse Rücksicht zu nehmen braucht, dagegen von einer dritten Person nicht „beim Wort“ genommen werden darf.

---

6) Siehe unten § 92 Nr. 2.

Beispiel. A. mietet für die Schauspielerin B. eine glänzende Einrichtung von Möbeln, verabredet aber mit der B. zum Schein, daß er ihr die Einrichtung schenke; C. hört von der Schenkung, hält sie für ernst und gewährt darauf hin der B. ein größeres Darlehn; später zeigt es sich, daß die B. zahlungsunfähig ist und C. sich auch an die Möbel, weil sie ja in Wirklichkeit nur Mietsmöbel sind, nicht halten darf; C. hat einen Anspruch auf Schadensersatz gegen A. nicht. — Anders im Falle arglistiger Täuschung; doch braucht eine solche nicht immer vorzuliegen; A. kann ja jene Schenkung nur aus Renommage vorgegeben haben.

7. Der Beweis, daß eine Willensäußerung nur zum Schein abgegeben, ist von dem zu führen, der dies behauptet. Der Beweis kann unmittelbar auf den seelischen Vorgang bezogen werden, der sich bei Abgabe der Äußerung im Innern ihres Urhebers abgespielt hat, z. B. indem die Gegenpartei ihm den Eid über seinen Mangel an Ernst zuschiebt; praktisch ist das freilich bedenklich; aber das Gesetz verbietet es nicht. Der Beweis kann aber auch auf die äußeren Nebenumstände, die den Abschluß des Geschäfts begleiteten, bezogen werden; und zwar können auch solche Nebenumstände, die bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts nicht berücksichtigt werden dürfen, die also eine positive rechtsgeschäftliche Wirkung nicht haben können, hier, wo es sich um die Umstoßung eines Rechtsgeschäfts handelt, wo also die positiven Wirkungen eines Rechtsgeschäfts nur ausgelöscht werden sollen, sehr wohl berücksichtigt werden. So kann z. B. ein Vertrag, der nach Gesetzesvorschrift gerichtlicher oder notarieller Form bedarf, auf Grund mündlicher Nebenabrede als Scheinvertrag charakterisiert werden; ebenso kann die scherzhafte Absicht einer Erklärung durch eine Bemerkung bewiesen werden, die der Urheber der Erklärung nicht gegenüber dem Empfänger, sondern gegenüber einem unbeteiligten Dritten abgegeben hat.

8. Eine Scheinäußerung, welche von der Gegenpartei nach der Absicht des Äußernden ernst genommen werden sollte und auch wirklich ernst genommen worden ist, also nicht unter eine der drei oben zu 1. genannten Kategorien fällt, ist vollgültig.[7]) Der Urheber kann sich somit in diesem Falle nicht darauf berufen, daß er sich (durch eine „Mentalreservation") vorbehalten habe, das, was er geäußert, in Wahrheit nicht zu wollen; ebensowenig kann aber auch die Gegenpartei, wenn sie später von dem Vorbehalt erfährt, das Rechtsgeschäft als nichtig verwerfen.

Beispiel. Zum Bau eines Denkmals zeichnet A. eine sehr große Summe; er erzählt seiner Frau, daß er das nur zum Scheine thue; die für den Bau im ganzen erforderliche Summe käme doch nicht zusammen; so sei die Zeichnung eine ungefährliche Prahlerei. Dank dem guten Beispiel des A. wird aber die erforderliche Bausumme thatsächlich doch aufgebracht. A. muß bei seiner Zeichnung bleiben.

9. Von den Scheingeschäften sind die fiduziarischen Verträge scharf zu scheiden, Verträge, welche die Parteien zwar ernstlich abschließen, jedoch mit der Abrede, daß die eine Partei (der „Fiduziar")[8]) von den ihr vertragsmäßig

---

7) RGB. 116.

8) Regelsberger, Arch. f. civ. Pr. 63 S. 172 (80); Hellwig ebenda 64 S. 369 (81); Leist, Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien (89); Oertmann, Fiduzia (90).

verliehenen Rechten nur beschränkt oder garnicht Gebrauch machen soll. Ein solcher Vertrag ist, weil ernstlich vorgenommen, vollgültig. Es ist auch keineswegs sinnlos, jemandem ein Recht zu geben und ihm doch zugleich zu verbieten, von dem Recht Gebrauch zu machen; denn, wenn die Verfügungen, die der Fiduziar thatsächlich trifft, letzteres Verbot verletzen, sind sie zwar dem Verleiher des Rechts gegenüber unerlaubt und verpflichten den Fiduziar zu Schadensersatz; dagegen sind sie dritten Personen gegenüber gültig. Und gerade auf diese Unterscheidung, also darauf, daß dritte Personen keinen Anlaß haben, das Recht des Fiduziars als beschränkt oder unvollkommen zu bemängeln, legen die Vertragsparteien oft großen Wert; gerade deshalb wird der Fiduziar mit größerem Rechte ausgestattet, als es eigentlich dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis entspricht, damit er Dritten gegenüber freier und sicherer auftreten kann. — Noch anders ist der „rechtsgeschäftliche Schleichweg“:[9]) hier wollen die Parteien, weil das Gesetz ein bestimmtes Rechtsgeschäft für ungültig erklärt, dessen Wirkungen annähernd durch ein Rechtsgeschäft anderer Art, also auf einem Umwege erreichen; letzteres Geschäft ist durchaus ernstlich abgeschlossen; die Parteien wollen wirklich, was sie sagen; als Scheingeschäft läßt das Geschäft sich also für ungültig keineswegs erklären; vielmehr ist das Geschäft vollgültig, es sei denn, daß jenes Verbotgesetz auch derartige Umgehungen hat verbieten wollen.

Beispiele. a) A. verlangt von seinem Schuldner B. ein Pfand; B. will ihm eine erst nach 5 Jahren kündbare, aber sichere und gut verzinsliche Forderung gegen C. verpfänden; A. stößt sich aber daran, daß er bei bloßer Verpfändung der Forderung dem C. gegenüber ungünstig gestellt sei (RGB. 1281 ff.); deshalb muß B. die Forderung dem A. geradezu abtreten, aber nur fiduziarisch, sodaß z. B. dem A. verboten wird, die Forderung einem Dritten abzutreten; — ernstlich, vollgültig! b) A. wünscht von B. ein Darlehn von 1000 Mark; B. will es nur zu 8% Zinsen unkündbar auf 10 Jahr geben; da RGB. 247 dies verbietet, so vereinbaren A. und B., daß A. an Zinsen nur 6%, aber außerdem an Schreibgebühr 20 Mark jährlich zahlen solle; ernstlich, aber ungültig!

II. Irrtümliche Rechtsgeschäfte.

1. Sie sind ungültig:[10])

a) wenn der Urheber der dem Geschäfte zu Grunde liegenden Willensäußerung über die Form seiner Äußerung, z. B. ihren Wortlaut, im Irrtum war, wenn er also eine Äußerung von der Form, welche er wirklich gebraucht hat, garnicht hat abgeben wollen;

b) wenn er über den Sinn seiner Äußerung im Irrtum war, wenn er also die Äußerung zwar in der von ihm gewählten Form hat abgeben wollen, aber der Meinung war, die Äußerung habe eine andere Bedeutung als die, welche man ihr später nach den Regeln richtiger Auslegung beilegt;

c) wenn er über bestimmte Voraussetzungen seiner Äußerung, nämlich

---

9) Bähr, Urteile des Reichsgerichts (83) S. 52; J. Pfaff, zur Lehre vom sog. in fraudem legis agere (92).

10) RGB. 119.

über wesentliche[11]) Eigenschaften der Personen oder der Sachen, auf welche seine Äußerung sich bezog, im Irrtum war. Allerdings entspricht hier seine Äußerung, sowohl was ihre Form als was ihren Sinn (Wortsinn) anbetrifft, seinem wirklichen Willen. Aber der Inhalt oder der Wert der Äußerung ist anders als der Urheber es sich gedacht hat; insoweit geht also auch in diesem Falle Wille und Willensäußerung weit auseinander.

Beispiele: a) M. kauft ein Bildchen, das „Meissonier" gezeichnet ist; als Preis will er „2000 Francs" anbieten, verspricht sich aber und sagt „2000 Napoleons"; da der Verkäufer letzteren Preis für angemessen hält, bemerkt er den Irrtum des M. nicht, sondern schlägt in gutem Glauben zu. b) Gleicher Fall; nur verspricht M. sich nicht, sondern sagt absichtlich „2000 Napoleons", aber nur, weil er glaubt, ein Napoleon sei dasselbe wie ein Franc. c) Gleicher Fall; nur weiß M., daß ein Napoleon = 20 Francs ist; aber er irrt sich, insofern er das Bild (ebenso wie der Verkäufer) für einen echten Meissonier hält, während es in Wirklichkeit eine Copie nach Meissonier ist. In allen drei Fällen ist das Geschäft ungültig.

2. a) In allen drei Fällen (1a—c) ist noch ein Weiteres vorausgesetzt: der Irrtum muß erheblich gewesen sein,[12]) d. h. es muß aus den Umständen hervorgehen, daß der Irrende, wenn er die Sachlage gekannt und zugleich den Fall verständig gewürdigt hätte, seine Erklärung garnicht oder doch nicht in der Art, wie er es gethan, abgegeben haben würde. — Entscheidend ist also für die Erheblichkeit nicht das subjektive, vielleicht sehr unverständige Denken des Irrenden, sondern die verständige, gewissermaßen objektive Anschauung, welche durchschnittlich im Verkehr vorherrscht. — Freilich ist dabei auch auf die persönlichen Verhältnisse des Irrenden Rücksicht zu nehmen, aber eben nur soweit, als auch ein verständiger Mensch, wenn er in diesen persönlichen Verhältnissen steckte, die angefochtene Willensäußerung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Abzulehnen ist dagegen die Ansicht, daß der Irrtum allerdings nach der objektiven verständigen Verkehrsanschauung, aber zugleich auch nach der subjektiven (unverständigen) Anschauung des Irrenden erheblich gewesen sein müsse;[13]) diese Anschauung widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes und wäre praktisch höchst bedenklich.

Erheblich ist der Irrtum in den drei oben zu 1 genannten Beispielen. Erheblich ist er auch im folgenden Falle: S. bestellt bei seinem alten bewährten Weinlieferanten T. 30 Flaschen Germania-Sekt von M. Müller zum Preise von 96 Mark; er verschreibt sich aber und schickt die Bestellung an U.; U. ist ebenso tüchtig wie T. und führt die Bestellung genau in gleicher Art aus, wie dies T. gethan haben würde; trotzdem ist S.s Bestellung wegen erheblichen Irrtums anfechtbar; denn ein verständiger Mensch geht nicht ohne Grund von seinem bisherigen bewährten Lieferanten ab; es ist also anzunehmen, daß auch S., bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falls seine Bestellung an U. nicht abgegeben haben würde. Man sieht aus diesem Beispiel, daß das Reichsgesetzbuch dem Anfechtungsrecht wegen Irrtums immer noch einen viel zu großen Spielraum läßt.

Ein Beispiel eines Irrtums, der bei objektiver Prüfung der Sachlage als unerheblich erscheint, bietet folgender Fall: A. fragt beim Tabackshändler B. nach Zigarren zu 80 Mark, probiert eine ihm vorgelegte Sorte und bestellt sofort von dieser zwei Kisten zu je 50 Stück; nachträglich belehrt ihn die den Kisten zugefügte Rechnung, daß jener Preis von 80 Mark sich

---

11) Siehe unten 2 b. 12) RGB. 119. 13) So Eck S. 46.

nicht, wie er annahm, auf 100, sondern auf 1000 Stück bezog. Hier ist der Irrtum des A., der die Zigarren zehnmal billiger bekommt, als er dachte, offenbar unerheblich. Und er bleibt es selbst dann, wenn A. nachweist, daß er zu fein gewöhnt sei, um eine Zigarre, die nur 8 Pfennige koste, zu rauchen; bei verständiger Würdigung des Falles muß er die Zigarren, zumal er sie vorher probiert hatte, behalten. — Daß auch die subjektiven Verhältnisse des Irrenden Berücksichtigung fordern, zeigt folgender Fall:[14]) A. mietet die Hälfte eines Doppelhauses, verspricht sich aber dabei, indem er die „rechte" Hälfte sagt, während er die „linke" meint; beide Hälften sind ganz gleich; nur ein Unterschied besteht: die rechte Hälfte hat die Hausnummer 13; nun ist A.s Frau nervös und abergläubisch in solchem Maße, daß sie in einer Nr. 13 schwerkrank werden würde; hier betrifft der Irrtum A.s an und für sich eine Albernheit, aber er ist trotzdem, wegen des Gesundheitszustandes der Frau, auch bei verständiger Würdigung des Falls erheblich. — Darf in letzterem Falle der Vermieter folgendes einwenden? A. behandele seine Frau schlecht; daß er jetzt auf den Aberglauben und die Nerven seiner Frau achte, sei nur ein Vorwand; der Irrtum A.s möge also vielleicht bei verständiger Würdigung des Falles erheblich sein; von dem subjektiven Standpunkt A.s aus betrachtet, sei er dagegen höchst unerheblich. Die oben S. 206[13] bekämpfte Anschauung müßte diesen Einwand zulassen, während ich ihn verwerfe.

b) Bei dem dritten Irrtumsfalle (Irrtum über Eigenschaften) genügt es nicht, daß der Irrtum in dem eben entwickelten Sinne „erheblich" gewesen ist, sondern er muß außerdem eine „wesentliche" Eigenschaft der Sache oder Person betroffen haben. Es fällt nämlich der „erhebliche Irrtum über Eigenschaften" keineswegs mit dem „Irrtum über wesentliche Eigenschaften" zusammen: so kann z. B. ein Irrtum über einen gewissen Grad von Brauchbarkeit einer Sache oder einer Person höchst erheblich sein, betrifft aber trotzdem keine wesentliche Eigenschaft. Wirklich wesentlich sind vielmehr nur solche Eigenschaften, welche nach der Verkehrsanschauung geradezu das „Wesen" der Person oder Sache bestimmen.[15])

Eine wesentliche Eigenschaft ist z. B. in dem oben zu 1 genannten Falle die Echtheit des angeblichen Meissonier; wenn M. dagegen geglaubt hatte, das Bild sei für die Malart des Meissonier charakteristisch oder sonst besonders gut und jedenfalls 2000 Napoleons wert, während es in Wahrheit ganz aus Meissoniers Stil herausfällt, völlig mißlungen ist und von Sachverständigen auf einen Wert von 1000 Francs abgeschätzt wird, so betrifft der Irrtum unwesentliche Eigenschaften. — Ich miete ein Mädchen als Köchin im Glauben, sie koche „perfekt"; stellt sich heraus, daß sie „imperfekt" kocht, so irre ich mich über eine unwesentliche, stellt sich heraus, daß sie garnicht kocht, so irre ich mich über eine wesentliche Eigenschaft des Mädchens.

3. Ein irrtümlich vorgenommenes Rechtsgeschäft ist, wenn die soeben bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind, nicht, wie ein Scheingeschäft, nichtig. Wohl aber ist es anfechtbar. Das Anfechtungsrecht steht nur dem Irrenden zu; die Gegenpartei muß also das Geschäft ruhig gelten lassen.[16])

4. Das Anfechtungsrecht ist — gemäß einer vom Reichsgesetzbuch neu eingeführten Regel — zeitlich eng begrenzt. Zunächst ist sie schlechthin an eine Frist von 30 Jahren gebunden; eine Grundschuld z. B., die lediglich Dank

---

14) Zum Teil Hölder, Arch. f. civ. Pr. 80 S. 38 (93) entnommen.

15) RGB. 119 Abs. 2.

16) RGB. 119.

einem Schreibfehler des Grundstückseigentümers mit 100 000 statt mit 10 000 Mark eingetragen wurde, ohne daß der Grundstückseigentümer dies erfahren hat, ist im 31. Jahr unanfechtbar geworden. — Doch darf der Anfechtungsberechtigte seine Anfechtung nicht beliebig bis zum Ende der dreißig Jahre verschieben, sondern muß sie womöglich früher, nämlich „unverzüglich" nachdem er den Irrtum entdeckt hat, der Gegenpartei erklären; verzögert er die Anfechtung schuldhaft, so geht das Anfechtungsrecht verloren;[17]) der Anfechtungsgegner kann sich also aus der peinlichen Unsicherheit, mit welcher ihn das Anfechtungsrecht des Irrenden bedroht, dadurch retten, daß er den Irrenden über seinen Irrtum aufklärt, indem er ihn dadurch zu schleuniger Entscheidung nötigt. Doch genügt es zur Wahrung des Anfechtungsrechts, wenn der Irrende die Anfechtungserklärung an die Gegenpartei unverzüglich absendet; daß die Erklärung unterwegs verschleppt wird oder verloren geht, schadet also dem Irrenden nichts, wenn er nur die kritischen dreißig Jahre nicht versäumt. — Sobald der Irrende der Meinung sein konnte, die Gegenpartei kenne seinen Irrtum, wird man ihm eine mäßige Verzögerung der Anfechtung nicht als Schuld zurechnen; er behält alsdann sein Anfechtungsrecht, auch wenn er die Anfechtung einige Tage, nachdem er den Irrtum bemerkt hat, verschiebt.[18])

5. Gleichgültig ist es — was im gemeinen Recht so sehr bestritten war — ob der Irrende an seinem Irrtum schuld war oder nicht; selbst ein frivoler Irrtum wird also, wenn er nur erheblich ist, berücksichtigt; ebenso ein bloßer Rechtsirrtum: ein Kaufmann erteilt z. B. seinem Buchhalter Prokura, im Glauben, Prokura bedeute eine gewöhnliche Generalvollmacht. Ebenso ist es auch umgekehrt gleichgültig, ob die Gegenpartei den Irrtum verursacht oder gekannt hat oder hätte bemerken müssen.

6. Wer ein Rechtsgeschäft wegen Irrtums anficht, ist der Gegenpartei schadensersatzpflichtig.[19]) Hier kommen die gleichen Regeln zur Anwendung, wie bei Scheingeschäften (oben S. 202, 5). So gilt die Schadensersatzpflicht selbst dann, wenn der Irrende schuldlos war, während sie fortfällt, wenn die Gegenpartei den Irrtum und seine Erheblichkeit erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Letzteres gilt auch dann, wenn die Fahrlässigkeit dessen, der die irrige Erklärung abgab, weit größer war, als die Fahrlässigkeit der Gegenpartei, die den Irrtum des Erklärenden verkannt hat.

7. Für den Beweis des Irrtums gelten die gleichen Regeln wie für den Beweis der Simulation.[20])

8. a) Ein Irrtum, der bei einer empfangsbedürftigen Erklärung auf Seiten des Empfängers obwaltet, berechtigt zur Anfechtung der Erklärung

---

17) RGB. 121. 18) Eck S. 49.
19) RGB. 122. Siehe oben S. 202 Nr. 5.
20) Siehe oben S. 204 Nr. 7.

nicht, obschon er oft genug ebenso schwer wiegt, wie ein Irrtum auf Seiten des Urhebers der Äußerung.

Beispiel. A. hat eine große Forderung, die ihm gegen B. zustand, diesem brieflich gekündigt. B. hat dies falsch verstanden, indem er die Kündigung auf eine zweite kleinere Forderung, die A. gegen ihn hatte, bezog. Am Verfalltage der Forderung hat er natürlich die erforderlichen Geldmittel zur Bezahlung der großen Forderung nicht zur Hand, muß seine Zahlungen einstellen und verfällt in Konkurs.

b) Daraus folgt, daß ein Vertrag wegen Irrtums nur angefochten werden kann, wenn der Irrtum die eigne Erklärung des Irrenden betraf, nicht dagegen, wenn der Irrtum in einem bloßen Mißverständnis der gegnerischen Erklärung bestand. Dabei ist nun aber die Lage des Antragsempfängers günstiger als die des Antragstellers. Denn ersterer nimmt in seine Annahmeerklärung notwendig die Erklärung des Antragstellers mit auf, weil ja seine Annahme überhaupt nur in Verbindung mit dem Antrage Sinn und Bedeutung hat; deshalb kann er den von ihm mißverstandenen Antrag mittelbar dadurch anfechten, daß er seine eigne Annahmeerklärung als irrig anficht. Hat dagegen umgekehrt der Antragsteller die Annahmeerklärung des Antragsempfängers mißverstanden, so ist er zu einer Anfechtung dieser Erklärung nicht in der Lage.

Beispiel. A. bietet dem B. eine gewisse Ware zum Kauf an; der Preis des Zentners beträgt 80 Mk.; B. soll die Zahl der von ihm gewünschten Zentner zwischen 500 und 1000 frei bestimmen; B. nimmt an und bestellt 500 Zentner. I. B. hat dies nur gethan, weil er A.s Antrag mißverstanden hat, indem er eine ganz andere Ware angeboten glaubt, als A. wirklich anbietet; er kann wegen dieses Mißverständnisses der gegnerischen Erklärung seine eigne Annahme anfechten. II. A. mißversteht die Annahmeerklärung B.s, indem er aus ihr herausliest, daß B. 1000 Zentner wünsche oder daß B. den Antrag nur mit Vorbehalt annehme, d. h. ablehne; er kann wegen dieses Mißverständnisses der gegnerischen Erklärung seinen eignen Antrag nicht anfechten.

9. Über den Irrtum beim Vertragsschluß ist noch folgendes zu bemerken.

a) Besteht der Irrtum in einer unrichtigen Auslegung des Antrages, so kann, wie soeben erwähnt, die Anfechtung entweder vom Antragsteller oder auch vom Antragsempfänger ausgehen. Von beiden Parteien ist anfechtungsberechtigt die, deren Auslegung des Antrages unrichtig ist, d. h. den richtigen Auslegungsregeln widerspricht. Denkbar ist es, daß alle beide Parteien den Antrag falsch auslegen; dann sind sie beide anfechtungsberechtigt.

Beispiel. A. ist von B. wiederholt um Unterstützung gebeten; schließlich schickt er ihm durch Postanweisung ohne Begleitwort 200 Mark; B. nimmt die „Sendung" dankend an; später wird bewiesen, daß A. die Sendung als ein mit 6% verzinsliches Darlehn, B. dagegen als eine Schenkung aufgefaßt hat. I. Hat B., als er um Unterstützung bat, in erster Reihe um ein mit 6% verzinsliches Darlehn gebeten, so ist A.s Auslegung richtig; anfechtungsberechtigt ist also B. II. Hat B. dagegen in erster Reihe um ein Geschenk gebeten, so ist B.s Auslegung richtig; anfechtungsberechtigt ist also A. III. Hat B. nur im allgemeinen um

einen Kredit gebeten, so ist sowohl A.s wie B.s Auslegung falsch; da die Sendung alsdann für ein unverzinsliches Darlehn anzusehen ist, so sind anfechtungsberechtigt beide Parteien.

b) Der Irrtum beim Vertragsschluß kann auch darin bestehen, daß eine der Parteien geglaubt hat, der Vertrag sei zwischen ihnen zu stande gekommen, während nach richtiger Auslegung der beiderseitigen Erklärungen die Parteien zu einer Einigung nicht gelangt sind. Dann kann die irrende Partei diesen ihren Irrtum zu einer Anfechtung nicht benutzen; denn die Anfechtung kann wohl einen gültigen Vertrag umstoßen, aber nicht einen ungültigen Vertrag zu Kräften bringen. — So steht es auch, wenn der Irrtum, daß der Vertrag zu stande gekommen, von beiden Parteien geteilt worden ist. Nur kann hier in manchen Fällen auf anderem Wege als durch Anfechtung, nämlich durch freie Auslegung der beiderseitigen Erklärungen, geholfen werden: ist nämlich anzunehmen, daß der Punkt, über welchen die Parteien sich in Wirklichkeit nicht geeinigt haben, von keiner entscheidenden Wichtigkeit für sie war, daß also der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde, so soll der Vertrag als gültig abgeschlossen angesehen werden; jener Punkt ist dann so zu behandeln, als sei er im Vertrage garnicht erwähnt; entsteht dadurch eine Lücke im Vertrage, so ist sie nach gesetzlicher Regel zu ergänzen.

Beispiel. 1. In D. giebt es zwei Villen „Quisisana", deren Besitzer beide Meier heißen; A. hat früher einmal die Villa des Meier I. besichtigt; Meier II. weiß dies nicht, hört aber, daß A. sich eine Villa kaufen will, und bietet ihm seine Quisisana an; A. schlägt zu, im Glauben, die andere Quisisana zu kaufen. Hier ist nach richtiger Auslegung keine Partei im Recht, eine Einigung ist nicht zu stande gekommen, eine Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen. 2. Der Engagementsvertrag eines Schauspielers ist durch den vom Theaterdirektor und Schauspieler gemeinsam bestellten Agenten in zwei Exemplaren ausgefertigt; das eine Exemplar setzt die Kündigungsfrist auf 4, das andere auf 6 Wochen fest; im übrigen lauten beide Exemplare gleich; sie werden auch beide vom Direktor und Schauspieler unterschrieben. Hier fehlt die Willenseinigung gleichfalls, wenn später der Direktor die sechs-, der Schauspieler die vierwöchige Kündigungszeit als vereinbart ausgiebt; trotzdem wird nicht der ganze Vertrag, sondern nur die Festsetzung der Kündigungsfrist für ungültig zu erklären sein; die Lücke ist aus den Gesetzen zu ergänzen.

10. Irrtümlich vorgenommene Rechtsgeschäfte, welche den oben zu 1. 2. entwickelten Voraussetzungen nicht genügen, sind wegen Irrtums nicht anfechtbar. Dies gilt namentlich, wenn der Irrtum unwesentliche Eigenschaften von Personen oder Sachen oder wenn er andere Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte als Personen- und Sacheigenschaften betrifft. Man pflegt zu sagen, daß in diesen Fällen der Irrtum nicht das Geschäft selbst, sondern die Beweggründe, welche die Partei zum Abschluß des Geschäfts bestimmt haben, betreffe; danach wird dann der Geschäftsirrtum und der Irrtum in den Beweggründen unterschieden.

Beispiel. A. kauft eine Ausstattung, die er seiner Nichte, die sich demnächst verheiraten will, zu schenken gedenkt; zur Zeit des Ankaufs ist aber die Nichte, ohne daß A. es wußte, plötzlich gestorben; der Kauf ist wegen Irrtums nicht anfechtbar.

III. Rechtsgeschäftliche Äußerungen, die durch Mittelspersonen verderbt sind.

1. Wille und Willensäußerung kann endlich auseinandergehen, weil der Urheber der dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden Äußerung sich zu ihrer Kundmachung einer Mittelsperson (Post, Telegraph, Dienstbote u. s. w.) bedient und diese Mittelsperson die ihr richtig übergebene Äußerung unrichtig weitergiebt.[21])

Beispiel. Die Urschrift eines Telegramms lautet „kauft 100 Kreditaktien"; das Telegramm langt aber beim Empfänger in der Form an: „verkauft 1000 Kreditaktien". — Der Bote händigt einen ihm mitgegebenen schriftlichen, nicht adressierten Kaufantrag des A., statt, wie ihm befohlen, dem B., dem C. aus.

2. Eine solche verderbte Willensäußerung wird ebenso behandelt wie eine Äußerung, die dadurch entstellt ist, daß der Urheber sich versprochen oder verschrieben hat. In der That sind beide Vorgänge verwandt: der Urheber der Äußerung gebraucht die Mittelsperson als Werkzeug seines Äußerungswillen, gerade so wie er seinen Mund gebraucht: eine Verstümmelung der Äußerung durch die Mittelsperson ist also von gleicher Art wie die Verdrehung der Äußerung durch den eignen Mund. Demgemäß ist die verderbte Äußerung zwar nicht völlig nichtig, wie eine gefälschte Erklärung; aber der Urheber kann sie unter den nämlichen Bedingungen anfechten, wie eine irrtümlich abgegebene, also dann, wenn er bei verständiger Würdigung des Falles die Äußerung in der von der Mittelsperson überbrachten Art nicht abgegeben haben würde.

3. Das Anfechtungsrecht ist zeitlich ebenso begrenzt wie das Anfechtungsrecht wegen Irrtums.[22])

4. Das Anfechtungsrecht greift auch dann Platz, wenn der Urheber der Äußerung grob fahrlässig gehandelt, z. B. die Urschrift der Depesche undeutlich geschrieben oder die Antwort auf einen ihm gestellten Antrag einem blödsinnigen Boten anvertraut hat.

5. Wer eine verderbte Willensäußerung anficht, ist in gleicher Art zum Schadensersatz verpflichtet, wie der, der eine Willensäußerung wegen Irrtums anficht, ohne Rücksicht darauf, ob er an der Verstümmelung seiner Äußerung schuld ist oder nicht. Die Ersatzpflicht tritt sogar dann ein, wenn der Mittelsmann, z. B. der Telegraphist, die ihm richtig übergebene Äußerung grobfahrlässig oder gar böswillig verstümmelt hat. Der Urheber der Äußerung muß eben die Gefahr der Versehen oder Böswilligkeiten der von ihm ausgewählten Mittelspersonen tragen.[23])

6. Beweis wie beim Irrtum.

7. Vorausgesetzt ist, daß der Mittelsmann von dem Urheber der Äußerung zu seinem Werkzeuge angenommen ist. Es gehört also nicht hierher der

---

21) RGB. 120. 22) RGB. 121.
23) RGB. 122. Siehe aber unten S. 245[17].

Fall, wo der Mittelsmann sich mit der Beförderung der Äußerung eigenmächtig befaßte, ohne daß ihm der Urheber der Äußerung einen Auftrag gegeben: hier ist die Äußerung ganz nichtig, ohne daß ihr Urheber zum Schadensersatz verpflichtet wäre.[24]) Ebensowenig gehört der Fall hierher, wo der Mittelsmann, welcher die Äußerung verderbt überbrachte, vom Empfänger der Äußerung bestellt war.[25])

Beispiel. A. bietet dem B. zwei Ochsen zum Kaufe an und schickt dies Angebot dem B. durch seinen Knecht, der „gleich auf Antwort warten soll." B. antwortet, daß er ablehne; der Knecht bestellt aber dem A., daß B. annehme. B. braucht diese seine angebliche Annahme nicht erst anzufechten.

Zu I—III. Besondere zum Teil abweichende Regeln gelten für einzelne Arten von Rechtsgeschäften, namentlich für die Eheschließung und die Testamente. Davon wird weiter unten die Rede sein.

7. Täuschung und Bedrohung.

§ 65.

Das Gesetz durchbricht die Regel „ein Mann, ein Wort" noch durch eine zweite Ausnahme. Es gestattet nämlich den Rücktritt vom Wort nicht bloß in den bisher dargestellten Fällen, wo das Wort nach Form, Sinn oder Inhalt von dem wahren Willen des Sprechers wesentlich abwich, sondern auch dann, wenn sich Wort und Wille im wesentlichen decken, der Wille aber in einer vom Gesetz mißbilligten Weise durch Täuschung oder Bedrohung hervorgerufen ist. Anders ausgedrückt: in den bisher erörterten Fällen (§ 64) hat der Sprecher das, was er gesagt, nicht gewollt; er war allerdings nicht ohne allen Willen; aber das, was er wollte, war von dem, was er sagte, wesentlich verschieden[1]); in den Fällen, die nunmehr zu besprechen sind, hat der Sprecher dagegen gerade das, was er sagte, gewollt, oder es sind doch nur unwesentliche Unterschiede zwischen jenem Wollen und jenem Sprechen; aber er würde das, was er gesagt hat, nicht gewollt haben, wenn er nicht getäuscht oder bedroht worden wäre.[1])

Daß eine Partei, welche durch den Gegner betrogen oder bedroht ist, von ihrem Worte zurücktreten darf, entspricht deutscher Rechtsanschauung: denn auf die Regel „ein Mann ein Wort" soll nur eine redliche Gegenpartei sich berufen können.[2]) Römisch beeinflußt, läßt aber unser Gesetz den Rücktritt vom Wort auch dann zu, wenn jemand nicht von der Gegenpartei, sondern ohne deren Wissen und Willen durch einen Dritten bedroht worden ist.

---

24) Abw. bei Inhaberpapieren RGB. 794.

25) Nach Maßgabe der Regeln oben S. 208, 8a.

1) Siehe Zitelmann, Rechtsgeschäft u. Irrtum (79) S. 436.

2) Heusler 1 S. 61.

I. Anfechtbar ist erstlich ein Rechtsgeschäft, wenn eine bei dem Geschäftsabschluß beteiligte Partei zur Abgabe ihrer Willensäußerung durch arglistige Täuschung bestimmt ist.[3])

1. a) Vorausgesetzt ist also zunächst, daß die Partei getäuscht, d. h. daß sie in einen Irrtum versetzt ist. Somit grenzt die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung an die Anfechtung wegen Irrtums. Indes sind die Grenzen der ersteren Anfechtung weiter abgesteckt als die der letzteren. Freilich, daß der Irrtum der getäuschten Partei „erheblich" gewesen ist, wird auch hier gefordert; denn der Irrende muß ja durch die Täuschung zum Geschäftsabschluß „bestimmt" worden sein; es muß also feststehen, daß der Irrende bei richtiger Kenntnis der Sachlage das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen haben würde. Aber die Erheblichkeit des Irrtums wird hier nicht nach objektiver Verkehrsanschauung, sondern nach dem höchstpersönlichen, subjektiven Denken des Irrenden bemessen. Deshalb reicht namentlich auch ein Irrtum über unwesentliche Eigenschaften von Sachen oder Personen oder auch ein Irrtum über sonstige Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts zur Anfechtung aus.

Beispiele. 1. Ein Gärtner zeigt einem Kunden eine Rose mit dem Bemerken, man nenne die Rose „Madame Belladonna"; thatsächlich hat aber der Gärtner den Namen sich soeben selber ausgedacht; der Kunde glaubt es und kauft die Rose. 2. A. sieht sich eine Miethswohnung an; er hat nur das Bedenken, daß die Gegend der Wohnung unfein sei; da lügt ihm der Vermieter B. vor, in der Wohnung habe früher einmal ein Graf gewohnt; A. glaubt es und mietet nunmehr. 3. F. kauft von T. ein Fahrrad, weil T. behauptet, das Rad wiege nur 10 Kilo, das Rad wiegt aber 11 Kilo. 4. O. in M. verkauft dem P. in N. ein in M. belegenes Haus, indem er dem P. vorschwindelt, dieser sei nach M. versetzt. — Irrtum im Falle 1. unerheblich, in den Fällen 2—4 erheblich.

b) Der Irrtum muß durch arglistige Täuschung hervorgerufen sein. Es genügt also nicht, daß der Urheber der Täuschung Angaben macht, deren Unrichtigkeit er bei einiger Überlegung hätte erkennen können; sondern er muß seine Angaben geradezu gegen besseres Wissen gemacht haben; ja selbst eine Angabe wider besseres Wissen genügt nicht, wenn sie harmlos abgegeben wurde.

Eine arglistige Täuschung liegt z. B. nicht vor, wenn ein Hausverkäufer die Größe seines Grundstücks, statt wahrheitsgemäß auf 18 Ar, auf 60 Ar angiebt, weil er thörichterweise selber glaubt, das Grundstück sei so groß; ebensowenig, wenn er die Größe wider besseres Wissen auf 20 Ar angiebt, sofern er hierin lediglich eine statthafte Abrundung erblickt.

c) Der Irrtum muß durch die Täuschung hervorgerufen sein; es genügt also nicht, daß eine Partei von selber auf ihre irrige Vorstellung gekommen ist und nun die Gegenpartei den Irrtum erkennt und zu ihrem Vorteil ausnutzt. Anders nur dann, wenn im Einzelfall die irrende Partei berechtigt ist, von der Gegenpartei eine Aufklärung ihres Irrtums zu erwarten; denn alsdann wird sie schon dadurch arglistig getäuscht, daß die Gegenpartei die Aufklärung des Irrtums wissentlich unterläßt.

---

3) RGB. 123.

Beispiele. 1. A. verkauft dem B. ein teures Theaterbillet, indem er ihm verschweigt, daß der Platz, auf welchen das Billet lautet, außerordentlich schlecht ist. 2. In O. soll eine Markthalle gebaut werden; die Häuserpreise in der betreffenden Gegend gehen in die Höhe; auch M. kauft in der Gegend ein Haus zu sehr hohem Preise; sein Verkäufer N. ist, wie M. weiß, Vorsitzender des mit dem Markthallenbau betrauten Ausschusses; am Tage vor dem Kauf hat dieser Ausschuß beschlossen, den Markthallenbau endgültig aufzugeben; N. verschweigt dies dem M. — Im zweiten Fall liegt arglistige Täuschung vor, im ersten nicht.

d) Die arglistige Täuschung muß gerade von der Gegenpartei, d. h. von dem Empfänger der irrtümlich abgegebenen Willensäußerung ausgegangen sein, oder sie muß, falls sie von einem Anderen ausging, der Gegenpartei wenigstens bekannt oder erkennbar gewesen sein. Doch genügt es bei Rechtsgeschäften, aus welchen ein Dritter unmittelbar ein Recht erwirbt, z. B. bei Verträgen zu Gunsten eines Dritten, wenn die Täuschung auch nur diesem Dritten zur Zeit seines Erwerbes bekannt oder erkennbar war.

Beispiel. A. erläßt dem B. eine Darlehnsschuld von 1000 Mark, weil ihm vorgelogen wird, B. sei erblindet; unanfechtbar, wenn die Lüge von der Ehefrau des B. ohne dessen Vorwissen vorgebracht war.

Bei nicht empfangsbedürftigen Äußerungen genügt jede Täuschung, mag sie auch von einem Unbeteiligten ausgegangen sein, es sei denn, daß die Erklärung sich an die Öffentlichkeit richtet, wie bei den Schuldversprechen auf den Inhaber.[4])

2. Das Anfechtungsrecht steht nur dem Getäuschten zu, nicht der Gegenpartei.

3. Die Regel, daß die Anfechtung des Irrtums nicht später als 30 Jahr nach Abgabe der irrtümlichen Äußerung erfolgen darf, selbst wenn in dieser Zeit der Irrtum unentdeckt geblieben ist, findet auch auf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung Anwendung. Unanwendbar ist dagegen die Regel, daß die Anfechtung unverzüglich erfolgen muß, sobald der Irrtum entdeckt ist; immerhin muß der Getäuschte (nach einer vom Reichsgesetzbuch neu eingeführten Regel) sein Anfechtungsrecht binnen eines Jahres von dem Augenblicke, wo er die Täuschung erfahren hat, geltend machen.[5])

4. Das Anfechtungsrecht gilt auch dann, wenn der Getäuschte fahrlässig gehandelt hat, z. B. die Täuschung bei einiger Aufmerksamkeit hätte durchschauen müssen.

5. Von einer Schadensersatzpflicht des Getäuschten ist keine Rede.

II. Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft ferner, wenn die ihm zu Grunde liegende Willensäußerung durch Drohungen widerrechtlich erzwungen ist. Den Drohungen steht natürlich die Anwendung von Gewalt gleich.[6 7])

---

4) Siehe oben S. 198 d.

5) RGB. 124.

6) RGB. 123. Siehe auch oben S. 156, § 54.

7) Schliemann, Lehre vom Zwang (61); Czyhlarz, Jahrb. f. Dogm. 13 S. 1 (74) Kohler ebenda 25 S. 1 (87); Schloßmann, Lehre vom Zwang (74).

1. a) Die Drohung muß erheblich, d. h. für den Willensentschluß des Bedrohten bestimmend gewesen sein. Was hierzu gehört, hängt (anders als im römischen Recht) lediglich von der subjektiven Stimmung des Bedrohten z. B. von dem Grade seiner Ängstlichkeit ab.

b) Die Beeinflussung des Bedrohten muß widerrechtlich gewesen sein, d. h. der Urheber der Drohung darf auf die Abgabe der erzwungenen Äußerung kein Recht gehabt haben. Dagegen braucht die Drohung selber nicht rechtswidrig gewesen zu sein.

Beispiel. A. wird durch Androhung von Prügeln dazu gezwungen, seine rechtsgültige fällige Schuld an B. zu zahlen; unanfechtbar; denn die Drohung war zwar rechtswidrig, die erzwungene Handlung aber rechtmäßig. — Dagegen ist anfechtbar eine Schenkung, die M. dem N. durch die Drohung erpreßt, er werde im Ablehnungsfall ein Verbrechen, welches N. früher begangen, bekannt machen oder vor seinen Augen sich totschießen.

c) Die Drohung braucht — anders als die arglistige Täuschung — nicht von der Gegenpartei ausgegangen oder ihr bekannt oder erkennbar gewesen sein. So ist z. B. ein Hausverkauf, zu dem der Hausbesitzer von einem feindlichen Nachbarn gezwungen ist, ungültig, auch wenn der Käufer von der Zwangslage des Verkäufers keine Ahnung haben konnte.

2. Das Anfechtungsrecht steht nur dem Bedrohten zu.

3. Es ist zeitlich ebenso begrenzt, wie bei arglistiger Täuschung.[8]) Der Gegner muß also, auch wenn er von der Drohung erst nachträglich erfährt, ein volles Jahr in Geduld auf die Entschließungen des Anfechtungsberechtigten warten.

4. Es gilt auch bei Fahrlässigkeit des Bedrohten, z. B. wenn dieser die Ungefährlichkeit der Bedrohung leicht hätte bemerken können.

5. Daß der Bedrohte, wenn er anficht, den Urheber der Drohungen nicht zu entschädigen braucht, ist selbstverständlich. Aber auch dann, wenn die Drohungen von einer anderen Person als der Gegenpartei ausgegangen und der Gegenpartei auch nicht erkennbar gewesen sind, ist der Bedrohte zum Schadensersatz nicht verpflichtet; dies gilt sogar dann, wenn der Bedrohte den Drohungen sich nur aus übertriebener Ängstlichkeit gefügt hat!

Zu I—II. Besondere Regeln gelten für einzelne bestimmte Rechtsgeschäfte z. B. Eheschließung, Testament. Davon später.

---

8) RGB. 124.

8. Stellvertretung.

a) Allgemeines.[1])

§ 66.

I. Stellvertretung liegt vor: aktiv, wenn jemand eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung als Vertreter eines Anderen abgiebt; passiv, wenn eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung gegenüber jemandem als Vertreter eines Anderen abgegeben wird.

1. Die aktive Stellvertretung setzt ein Doppeltes voraus: der Vertreter giebt sich selber als den Urheber der von ihm abgegebenen Willensäußerung; trotzdem will er aber eine Rechtswirkung nicht für seine eigenen, sondern für fremde Rechtsverhältnisse, für die Rechtsverhältnisse des Vertretenen hervorrufen.

a) Durch das erste dieser beiden Erfordernisse wird die Thätigkeit des „Vertreters“ von der eines bloßen „Boten“ unterschieden. Der Bote giebt sich garnicht als den Urheber, sondern lediglich als den Überbringer der von ihm abgegebenen Äußerung; so ist diese Äußerung schon ihrer Form nach nicht seine eigene Äußerung, sondern eine fremde; und ihr Inhalt ist nicht sein eigener, sondern ein fremder Wille. Dagegen ist der Vertreter selber der Urheber seiner Äußerung: was er sagt oder schreibt, ist der Form nach seine eigene Äußerung und dem Inhalt nach sein eigener Wille.

Übrigens sind die Begriffe „Vertreter“ und „Bote“ flüssig und gehen ineinander über. Scharf wäre ihre Unterscheidung, wenn man sagen könnte, der Bote trüge zu dem Willen, welchen seine Äußerung kund giebt, garnichts bei, er wäre nur ein Werkzeug des Absenders ohne eignen Willen. Allein so liegt die Sache nicht. Denn schon in der Art, wie der Bote die Übermittlung ausrichtet, macht sich oft sein eigner Wille geltend; so muß z. B. bei Überbringung einer mündlichen Äußerung der Bote nicht selten die Worte selber wählen. Aber auch auf den Inhalt der Äußerung kann der Bote Einfluß haben; wenn ich z. B. meinen sechsjährigen Sohn in die Apotheke schicke, damit er nach seinem eignen Ermessen für 10 oder 20 Pfennig Hustenbonbons kaufe, so ist das Kind trotz dieses seines Entscheidungsrechts nicht mein Vertreter, sondern mein Bote; seine Entscheidung ist nicht rechtsgeschäftlicher, sondern thatsächlicher Natur und erlangt nur dadurch rechtliche Wirkung, daß ich selber meine Erklärung von dieser Entscheidung abhängig mache; kann ich doch in ähnlicher Art sogar die Entscheidung meines Pudels anrufen, etwa bei der Auswahl einer Wurst, die ich für das Tier kaufe.

b) Durch das zweite Erfordernis wird die Thätigkeit eines Vertreters von

---

1) Buchka, Lehre v. d. Stellvertretung (52); Ihering, Jahrb. f. Dogm. 1 S. 273, 2 S. 67 (57/58); Laband, Ztsch. f. Handelsrecht 10 S. 183 (66): Hellmann, Stellvertretung (82); Mitteis, Stellvertretung (85).

der einer Selbstpartei unterschieden. Auch die Selbstpartei mag „für“ einen Anderen, d. h. in dessen Interesse, für dessen Rechnung thätig sein. Aber nur in dem Sinne, daß die Rechte, welche das Geschäft begründet, zunächst ihr selbst zuwachsen, die Pflichten, welche aus dem Geschäft hervorgehen, zunächst sie selbst belasten und daß sie erst mittelbar die Rechte auf den Anderen übertragen, die Pflichten auf ihn abwälzen will, oder gar, daß nur der schließliche wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts, der Reingewinn oder der Reinverlust dem Anderen zufallen soll. Man spricht in diesem Falle wohl von indirekter, mittelbarer, stiller Stellvertretung. Dagegen will ein Vertreter mit den Wirkungen des Geschäfts von vornherein persönlich nichts zu thun haben; schon von Anbeginn soll Recht und Pflicht in der Person des Vertretenen entstehen. — Übrigens kann es vorkommen, daß jemand ein und dasselbe Geschäft zugleich als Selbstpartei und als Vertreter eines Anderen vornimmt, z. B. ein Student mietet eine Wohnung zugleich in eignem Namen und im Namen eines Freundes.

c) Wenn jemand ein Rechtsgeschäft „für“ einen Anderen abschließen will, so sind drei Möglichkeiten vorhanden.

α) Er handelt „im Namen des Anderen“; dann ist er in dem oben entwickelten Sinne bloßer Vertreter des Anderen. Nicht nötig ist es, daß er ausdrücklich erklärt, in fremdem Namen handeln zu wollen, wenn nur dieser sein Wille aus den Umständen für die Gegenpartei positiv erkennbar ist.

β) Er handelt „im eignen Namen“; dann ist er nicht Vertreter des Anderen, sondern Selbstpartei. Auch hier ist es nicht nötig, daß er ausdrücklich erklärt, im eignen Namen handeln zu wollen, wenn nur dieser sein Wille aus den Umständen für die Gegenpartei positiv erkennbar ist.

γ) Er sagt weder, daß er im eignen, noch daß er im fremden Namen handeln wolle; auch die Umstände lassen die Gegenpartei weder die eine noch die andere Absicht erkennen. Alsdann soll „der Mangel des Willens, in eignem Namen zu handeln, nicht in Betracht kommen“. Er selber kann also aus dem Geschäfte Rechte für sich persönlich herleiten, ohne daß die Gegenpartei ihm als einem bloßen Vertreter die Rechte absprechen darf; ebenso kann er persönlich von der Gegenpartei aus dem Geschäfte haftbar gemacht werden, ohne daß er als bloßer Vertreter die Haftung von sich abstreifen darf. Noch weniger kann das Geschäft wegen Undeutlichkeit des Ausdrucks oder wegen Irrtums als ungültig angefochten werden.[2])

Beispiele. a) Stud. jur. M. A. schreibt an den Mechanikus B.: „schicken Sie meinem Vater, Dr. med. A. schleunigst einen Fieberthermometer von der gleichen Art, wie den zuletzt bestellten“; hier handelt M. A. erkennbar in seines Vaters Namen. b) Dr. A. schreibt an den Buchhändler C.: „schicken Sie mir für meinen Sohn M. Homeyers Sachsenspiegel Bd. 1.: das Buch muß aber am heiligen Abend bestimmt da sein“; hier handelt Dr. A. erkennbar in eignem Namen. c) Dr. A. schreibt an die Zimmervermieterin D.: „mein Sohn M. möchte im nächsten Sommer dasselbe Zimmer wieder haben, welches er im vorigen

---

2) RGB. 164 Abs. 1, 2.

Jahr bei Ihnen gehabt hat; ich bitte Sie, daß Sie ihm das Zimmer unter den früheren Bedingungen wieder vermieten;" hier ist nicht erkennbar, ob Dr. A. in eignem oder in des Sohnes Namen handelt.

Das Gesetz geht übrigens nicht soweit, in dem zuletzt (zu γ) genannten Falle das Geschäft einem in eigenem Namen abgeschlossenen Geschäfte positiv gleichzustellen. Sonach ist die Behauptung, daß jemand das Geschäft thatsächlich im Namen eines Anderen hat abschließen wollen und daß diese Absicht zwar nicht der Gegenpartei, aber doch dritten Personen, z. B. dem Vertretenen erkennbar gewesen sei, — es ist diese Behauptung keineswegs als unerheblich von der Hand zu weisen. Vielmehr ist das Geschäft in diesem Falle wirklich als ein im fremden Namen geschlossenes zu behandeln,[3]) und zwar nicht bloß im Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter, sondern auch im Verhältnis zwischen dem Vertretenen und der anderen Geschäftspartei;[4]) sonach gerät letztere in konkurrierende Rechtsbeziehungen sowohl zum Vertreter als zum Vertretenen; die Schwierigkeit, welche dadurch entsteht, ist nicht größer als z. B. bei den konkurrierenden Rechten des nicht eingetragenen wahren Eigentümers und des Bucheigentümers eines Grundstücks.

Beispiel. Der Courier eines russischen Fürsten, der selber wie ein Lord aussieht, bestellt am Vormittag in einem Gasthause mehrere Zimmer für 5 Personen mit Pension, ohne seinen oder des Fürsten Namen zu nennen; Nachmittags trifft der Fürst selbst ein und nimmt die Zimmer samt Pension in Benutzung. Hier sind Courier und Fürst dem Gastwirt gegenüber solidarisch verpflichtet und solidarisch berechtigt.

2. Die passive Stellvertretung setzt gleichfalls ein Doppeltes voraus.

a) Die Willensäußerung muß an den Vertreter persönlich gerichtet sein; er und nicht der Vertretene ist der Adressat, der Empfänger der Äußerung; sie soll aber nicht auf die Rechtsverhältnisse des Vertreters, sondern des Vertretenen Wirkung haben. Auch die Rolle des passiven Vertreters ist also eine andere als die eines Boten; wenn z. B. ein Antragsteller seinen Diener zum Antragsempfänger schickt, um dessen Antwort zu holen, so ist dieser Diener eben nur Bote, nicht passiver Stellvertreter.

b) Auch hier liegen drei Möglichkeiten vor, ähnlich wie sie bei der aktiven Stellvertretung (oben 1 c) erwähnt sind.

α) Der Empfänger der Willensäußerung wird erkennbar als bloßer Vertreter eines Anderen angeredet.

β) Er wird erkennbar als Selbstpartei angeredet.

γ) Es ist nicht erkennbar, ob er als Vertreter oder als Selbstpartei angeredet wird. Hier ist die oben für den entsprechenden Fall der aktiven Stellvertretung entwickelte Regel nicht anwendbar.[5]) Die Willensäußerung ist

---

3) Dies ist Ecks Meinung (S. 66).

4) Siehe oben S. 198[4].

5) RGB. 164 Abs. 3 nimmt ausdrücklich nur Abs. 1 Bezug.

und bleibt also mehrdeutig; je nach Lage des Falles ist deshalb entweder dem Empfänger eine Art Wahlrecht zuzugestehen, so daß er sich nach Gutdünken als Vertreter oder als Empfänger aufspielen darf, oder die Willensäußerung ist für ganz ungültig zu erklären.

Beispiel. A. schreibt dem Physikprofessor B. „Für Ihr Institut biete ich Ihnen einen Ruhmkorff'schen Funkeninduktor zum Preise von ... an"; nach eigner Wahl kann B. dies Angebot in eignem Namen oder als Vertreter seines Instituts annehmen.

II. Die Stellvertretung ist grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften zugelassen. Doch giebt es zahlreiche Ausnahmen. So ist bei den meisten familienrechtlichen Geschäften,[6]) z. B. bei der Eheschließung, der Annahme an Kindesstatt, ferner bei der Errichtung eines Testaments und bei Abschluß eines Erbvertrages [7]) eine Vertretung nicht gestattet.

III. Dem ältesten Rechte ist die Stellvertretung unbekannt. Doch hat sie sich noch im deutschen Mittelalter entwickelt; nach der Rezeption ist sie zeitweise ins Schwanken gekommen, da sie im römischen Rechte nur unvollkommen ausgebildet war, ist dann aber schließlich allgemein durchgedrungen.[8])

b) Vertretung kraft Vertretungsmacht.

§ 67.

Eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung, die von einem Vertreter oder gegenüber einem Vertreter abgegeben wird, soll nach der Absicht ihres Urhebers nicht für den Vertreter, sondern für den Vertretenen Wirkung haben. Diese Absicht wird aber nur voll erreicht, wenn der Vertreter für den Vertretenen eine zureichende Vertretungsmacht besitzt.

I. Begründung der Vertretungsmacht.

1. Die Vertretungsmacht kann zunächst durch ein Rechtsgeschäft des Vertretenen geschaffen werden. Dann heißt sie Vollmacht.

a) Die Erteilung der Vollmacht geschieht durch eine empfangsbedürftige Erklärung des Vertretenen. Diese ist an den Vertreter zu richten. Handelt es sich um Rechtsgeschäfte, die der Vertreter mit einem bestimmten Dritten abzuschließen hat, so kann die Erklärung auch an den Dritten gerichtet werden. Eine Annahmeerklärung ist weder von Seiten des Vertreters noch des Dritten nötig: die Vollmachtserklärung ist also ein einseitiges Rechtsgeschäft.[1])

Der Erteilung einer Vollmacht steht eine bloße Anzeige, daß eine Vollmacht erteilt sei, gleich; und zwar wirkt sie, wenn sie an die Adresse eines be-

6) RGB. 1317, 1750; s. auch 1595 Abs. 1, 1598 Abs. 3, 1728, vgl. 1307, 1336 Abs. 1; siehe andrerseits RGB. 1336 Abs. 2, 1728 Abs. 2, 1750 Abs. 1.

7) RGB. 2064, 2274; siehe auch 2347 Abs. 2.

8) Heusler 1 S. 203, 2 S. 502; Gierke, Privatrecht 1 § 33 V.

1) RGB. 167.

stimmten Dritten gerichtet wird, gegenüber diesem, wenn sie öffentlich bekannt gemacht wird, gegenüber jedermann. Auch daß der Vertreter eine ihm vom Vollmachtgeber eingehändigte Vollmachtsurkunde einem Dritten vorlegt, wirkt letzterem gegenüber wie eine Vollmachtserteilung. Schließlich gilt der Überbringer einer Quittung als ermächtigt, die Leistung, über welche die Quittung lautet, in Empfang zu nehmen.[2]) Und zwar besteht in diesen Fällen die Vertretungsmacht auch dann zu Recht, wenn eine Vollmacht in Wirklichkeit nicht erteilt war, mochte auch der Dritte aus den ihm bekannten Umständen das Fehlen der Vollmacht erkennen können; anders nur im Falle der Quittung.[3])

Beispiel. A. will dem B. Vollmacht geben; einstweilen hat er eine Vollmachtsurkunde nur im Entwurf hergestellt, unvorsichtigerweise aber bereits unterschrieben; er giebt sie dem B. zur Durchsicht; B. zeigt sie alsbald dem C. vor und schließt Namens des A. mit ihm ein Geschäft ab; das Geschäft ist für A. rechtsverbindlich, selbst wenn C. die Urkunde als bloßen Entwurf erkennen konnte. — Die Quittung ist Dritten gegenüber sogar dann eine gültige Vollmacht, wenn der Überbringer sie dem Aussteller gestohlen hat.[4])

b) Einer Form bedarf die Vollmachtserteilung nicht, selbst wenn für das Geschäft, auf das die Vollmacht sich bezieht, eine Form vorgeschrieben ist — abweichend vom preußischen Recht, welches bloß eine schriftliche Vollmacht für gültig erklärte.[5]) Nur wenn der Vertreter ein *einseitiges* Rechtsgeschäft vollziehen will, kann der Dritte fordern, daß entweder der Vertretene ihm selber von der Vollmachtserteilung mündlich oder schriftlich Nachricht giebt oder aber, daß der Vertreter eine *schriftliche* Vollmacht vorlege; geschieht dies nicht, so ist das Rechtsgeschäft wirkungslos, sofern es von dem Dritten unter Angabe des Grundes unverzüglich zurückgewiesen wird.[6])

Warum letztere Regel, wenn sie einmal für einseitige Rechtsgeschäfte gelten soll, nicht auch auf Verträge ausgedehnt wird, ist schwer einzusehen. Freilich, wenn der Vertreter die Rolle des Antragstellers einnimmt, kann der Dritte, falls er an der Vollmacht zweifelt, sich selber ausreichend schützen, indem er sich auf den Antrag einfach nicht einläßt. Sobald aber ein Vertreter für den *Antragsempfänger* auftritt, ist die Sache anders; hier muß der Antragsteller die Annahmeerklärung dieses Vertreters entgegennehmen und weiß doch nicht, ob der Vertreter in Wirklichkeit eine zureichende Vollmacht besitzt.

c) Der Umfang der Vollmacht ist durch Auslegung des Willens des Vollmachtgebers zu ermitteln. Hiernach berechtigt eine Vollmacht, die auf Abschluß bestimmter einzelner Geschäfte geht, den Vertreter, alle bei derartigen Geschäften üblichen Festsetzungen zu treffen; eine sog. Generalvollmacht dagegen berechtigt den Vertreter, alle Geschäfte abzuschließen, die nach den Verhältnissen des Vertretenen in den Rahmen üblicher Vermögensverwaltung fallen. —

---

2) RGB. 171, 172, 370.
3) RGB. 370.
4) Bähr, Jahrb. f. Dogm. 14 S. 415[17] (75).
5) Pr. LR. I, 13 § 8. 6) RGB. 174.

Eine Ausdehnung der Vollmacht auf unübliche, außergewöhnliche Geschäfte gilt nur, wenn der Vollmachtgeber sie besonders angeordnet hat. In dem umgekehrten Falle, bei einer unüblichen Beschränkung der Vollmacht, ist nicht bloß gleichfalls eine besondere Anordnung des Vollmachtgebers notwendig, sondern es ist außerdem nötig, daß die Beschränkung dem Dritten, mit welchem der Vertreter in Verhandlung trat, erkennbar war.

Beispiel. Wer eine Vollmacht zum Kauf von Marktsachen erteilt, hat dem Vertreter damit zugleich die Vollmacht gegeben, einen Kaufpreis in Höhe des Marktpreises zu bewilligen; die Beschränkung, daß der Vertreter nur einen geringeren, oder die Erweiterung, daß er im Notfall auch einen höheren Preis als den Marktpreis bewilligen kann, bedarf besonderer Anordnung. — Wer eine Vollmacht zum Kauf einer Sache ohne Marktpreis erteilt, pflegt dabei einen höchsten Preis festzusetzen; diese Beschränkung ist also keineswegs unüblich; sie gilt deshalb gegen den Verkäufer, auch wenn sie für ihn nicht erkennbar war, und sogar dann, wenn der Vertreter dem Verkäufer fälschlich erklärt, der Vollmachtgeber habe ihm einen höheren Preis zu bewilligen erlaubt; der Verkäufer muß also in solchen Fällen, wenn er sicher gehen will, sich bei dem Vollmachtgeber selber nach dem höchsten Preise erkundigen. Hat aber der Vollmachtgeber dem Vertreter eine schriftliche Vollmacht erteilt, so muß er den höchsten Preis darin ausdrücklich erwähnen; andernfalles kann der Vertreter jeden Preis bewilligen, der ihm angemessen scheint. — Eine Generalvollmacht, die ein Häuserspekulant erteilt, gilt auch für den Verkauf und Ankauf von Grundstücken; eine Generalvollmacht, die ein Rentner erteilt, wird dagegen derartige Geschäfte nicht mitumfassen.

Das preußische Landrecht und zum Teil auch das Handelsgesetzbuch [7]) bestimmten, daß eine Vollmacht gewisse Geschäfte nur dann in sich einschließe, wenn sie sie ausdrücklich erwähnt: für diese Geschäfte sollte also stets eine „Spezialvollmacht“ nötig sein; sie sollten schlechthin für unüblich gelten. Das Reichsgesetzbuch hat dies System aufgegeben. Nur im Einzelfalle ist festzustellen, was üblich oder nicht üblich ist. So bedarf der Vertreter selbst zu einer Schenkung nach dem Reichsgesetzbuch nicht immer einer Spezialvollmacht; denn kleine Schenkungen sind nicht so ungewöhnlich, daß man sie immer aus dem Rahmen einer Vollmacht ausscheiden müßte, und welche Schenkung als klein, welche als groß zu bezeichnen ist, läßt sich eben nur im Einzelfall feststellen.

d) Ob der Vertreter seine Vollmacht ganz oder teilweise einem Anderen abtreten kann (Substitutionsbefugnis), läßt sich nur für jeden Einzelfall nach dem erweislichen oder mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers bestimmen. Im Zweifel ist die Frage zu verneinen, weil die Vollmacht auf dem Vertrauen gerade zu der Person des erwählten Vertreters beruht.

e) Die Vollmacht ist im Zweifel nach Belieben widerruflich. Der Widerruf kann sowohl gegenüber dem Vertreter wie gegenüber dem Dritten erklärt werden. Doch giebt es Rechtsverhältnisse, welche die Erteilung einer Vollmacht gestatten, die nur aus bestimmten Gründen oder garnicht widerruflich ist. [8]) Dies ist namentlich der Fall, wenn die Vollmacht nicht oder nicht allein dem

7) Pr. LR. I, 13 § 98 ff.; HGB. 47 Abs. 2.
8) RGB. 168, 176 Abs. 3.

Interesse des Vertretenen, sondern auch dem Interesse des Vertreters dienen soll.

Beispiel. A. tritt beim Verkaufe seines Geschäfts an B. eine geschäftliche Forderung, die er gegen C. hat, dem B. nicht ab; um jedoch zu vermeiden, daß das Geschäft etwa die Kundschaft des C. verliert, verzichtet A. darauf, die Forderung selber geltend zu machen und giebt dem B. die unwiderrufliche Vollmacht, sie seinerseits beizutreiben.

f) Ob es noch andere Gründe für das Erlöschen einer Vollmacht giebt, ist dem Rechtsverhältnis zu entnehmen, auf dem die Vollmacht beruht.[9]) So erlischt z. B. die Vollmacht im Zweifel durch den Tod oder die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht, wenn sie auf Grund einer Dienstmiete oder eines Auftrages erteilt wird.[10]) Der Tod des Vollmachtnehmers dagegen hat das Erlöschen der Vollmacht fast immer zur Folge, wenn die Vollmacht frei widerruflich ist; eine beschränkt widerrufliche oder unwiderrufliche Vollmacht kann dagegen auf die Erben des Vollmachtnehmers übergehen.[11])

g) Eine erloschene Vollmacht kann im Verhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Dritten immer noch Wirkung behalten, derart, daß Rechtsgeschäfte, welche der vormalige Vollmachtnehmer nunmehr im Namen des vormaligen Vollmachtgebers vornimmt, nach wie vor zu Lasten wie zu Gunsten des letzteren wirksam sind. Hierbei sind vier verschiedene Fälle zu unterscheiden.

α) Hat der Vollmachtgeber dem Dritten die Erteilung der Vollmacht angezeigt, so bleibt diesem Dritten gegenüber die Vollmacht so lange in Kraft, bis der Vollmachtgeber ihm auch das Erlöschen der Vollmacht angezeigt hat.[12]) Auch die Vollmacht, welche dem Überbringer einer Quittung zusteht, wird in gleicher Art zu behandeln sein.

β) Hat der Vollmachtgeber dem Vertreter eine schriftliche Vollmachtsurkunde ausgehändigt und hat der Vertreter diese Urkunde dem Dritten vor oder bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts vorgelegt, so bleibt die Vollmacht diesem Dritten gegenüber bestehen, bis entweder der Vollmachtgeber dem Dritten das Erlöschen der Vollmacht anzeigt oder bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder bis sie durch eine öffentliche vom Gericht bewilligte Bekanntmachung des Vollmachtgebers für kraftlos erklärt wird.[13]) Die Kraftloserklärung wird erst mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Bekanntmachung wirksam; für das Verfahren sind die für die öffentliche Zustellung einer zivilprozessualen Ladung geltenden Vorschriften maßgebend; ungültig ist die Kraftloserklärung, wenn die Vollmacht unwiderruflich ist.[14])

Selbstverständlich ist, daß der Vertreter, sobald seine Vollmacht erloschen ist, dem Vollmachtgeber die Vollmachtsurkunde zurückgeben muß; er darf, selbst

9) RGB. 168. 10) RGB. 672, 675.
11) RGB. 673, 675. 12) RGB. 170, 171.
13) RGB. 172. 14) RGB. 176.

wenn der Vollmachtgeber ihm die versprochene Vergütung oder Auslagenerstattung noch nicht gewährt hat, die Urkunde nicht zurückbehalten.[15])

γ) Ist die Vollmachtserteilung öffentlich bekannt gemacht, so bleibt sie jedem Dritten gegenüber so lange in Kraft, bis auch ihr Erlöschen öffentlich bekannt gemacht ist.[16])

Die Regeln zu α—γ sollen aber nur zum Schutze eines redlichen Dritten dienen; sie gelten deshalb nicht, wenn der Dritte zu der Zeit, da er das Geschäft abschloß, das Erlöschen der Vollmacht anderweit erfahren hat oder hätte erfahren müssen.[17])

δ) Ist die Vollmacht weder dem Dritten angezeigt noch öffentlich bekannt gemacht und ist auch dem Dritten eine schriftliche Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt, so wird das Erlöschen der Vollmacht ohne Rücksicht darauf, ob der Dritte davon hat Kenntnis haben können oder nicht, sofort wirksam.

In allen Fällen, wo eine Vollmacht widerrufen wird, kann es vorkommen, daß der Vollmachtnehmer und der Dritte zu der Zeit, da sie ein Rechtsgeschäft Namens des Vollmachtgebers abschließen, von dem Widerruf der Vollmacht keine Kenntnis haben, ohne daß sie der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft, z. B. wenn der Widerruf in der Wohnung des Dritten eintrifft, nachdem dieser die Wohnung bereits verlassen hat, um zum Zweck des Geschäftsabschlusses mit dem Bevollmächtigten einen Notar aufzusuchen; und auch dann ist der Widerruf gültig. Gegen diese Gefahr vermag der Dritte sich nicht zu schützen.[18])

2. Die Vertretungsmacht kann auch durch Gesetzesvorschrift geschaffen werden. Dies ist namentlich der Fall bei dem Gewalthaber einer geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Person: wenigstens der Regel nach ist der Gewalthaber „gesetzlicher Vertreter" seines Pflegebefohlenen.

a) Eine besondere Verleihung der Vertretungsmacht an den Gewalthaber findet nicht statt. Vielmehr erwerben Vater und Mutter die Vertretungsmacht für ihre minderjährigen Kinder von Rechts wegen, sobald gewisse gesetzlich bestimmte Voraussetzungen eingetreten sind. Vormund und Pfleger bedürfen allerdings einer besonderen gerichtlichen Ernennung; diese besteht aber nicht speziell in der Verleihung der Vertretungsmacht, da ja Vormund und Pfleger noch ganz andere Dienste als die der Vertretung des Mündels zu leisten haben; vielmehr ist die Vertretungsmacht die gesetzliche Folge der Ernennung zum Vormund oder Pfleger.[19])

b) Hieraus ergiebt sich, daß die Erwerbung der Vertretungsmacht seitens des Gewalthabers an keine bestimmte Form gebunden ist. Selbst bei einseitigen Rechtsgeschäften kann der Gegner nicht fordern, daß der Gewalthaber ihm

---

15) RGB. 175. 16) RGB. 171. 17) RGB. 173.
18) Siehe Zitelmann 1 S. 105.
19) RGB. 1630, 1686, 1793, 1915.

seine Vertretungsmacht urkundlich nachweist; nicht einmal Vormund und Pfleger, die doch regelmäßig eine gerichtliche Bestallung erhalten [20]), sind zu deren Vorlegung verpflichtet.

c) Vom Umfang der Vertretungsmacht des Gewalthabers soll erst später im Familienrecht gehandelt werden.

d) Der Gewalthaber kann seine gesetzliche Vertretungsmacht weder ganz noch teilweise auf einen Anderen übertragen. Wohl aber kann er seinerseits rechtsgeschäftlich einen gewöhnlichen Bevollmächtigten für den Mündel bestellen.

e) Die Vertretungsmacht des Gewalthabers erlischt, wenn seine Gewalthaberstellung aufgehoben wird. Ausnahmsweise kann sie aber schon früher erlöschen; so kann das Vormundschaftsgericht den Eltern oder dem Vormunde oder Pfleger des Mündels die Vertretungsmacht ganz oder teilweise entziehen, wenn das Interesse des Mündels mit den Interessen des Gewalthabers in Widerstreit steht, während im übrigen die elterliche und vormundschaftliche Gewalt bestehen bleibt. [21]) — Das Erlöschen der Vertretungsmacht des Gewalthabers wirkt Dritten gegenüber sofort; selbst daß ein des Amtes entlassener Vormund noch seine Bestallung in Händen hat und sie beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts der gutgläubigen Gegenpartei vorlegt, macht das Geschäft nicht gültig. Der Grund dieser Verschiedenheit von rechtsgeschäftlicher Vollmacht und gesetzlicher Vertretungsmacht liegt auf der Hand: der Vollmachtgeber muß, wenn sein Bevollmächtigter nach Erlöschen der Vollmacht mit gutgläubigen Dritten Rechtsgeschäfte abschließt, den Schaden tragen, weil er den Bevollmächtigten selber willkürlich bestellt hat; der Mündel hingegen bekommt seinen Gewalthaber ohne sein Zuthun, muß also in jedem Falle haftfrei sein, sobald der Gewalthaber seiner Machtstellung entsetzt wird.

II. Erfordernisse der kraft Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfte.

Das kraft Vertretungsmacht vorgenommene Rechtsgeschäft soll nicht für den Vertreter, sondern für den Vertretenen wirksam werden; insoweit liegt sein Schwerpunkt in der Person des Vertretenen. Andererseits wird es aktiv vorgenommen nicht vom Vertretenen, sondern vom Vertreter; insoweit liegt sein Schwerpunkt in der Person des Vertreters; nur wenn der Vertretene die Vertretungsmacht rechtsgeschäftlich geschaffen hat und den Vertreter wegen des Geschäftsabschlusses mit Aufträgen oder Anweisungen versieht, ist auch er — zusammen mit dem Vertreter — bei der aktiven Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt. Hiernach hat das kraft Vertretungsmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft einen zwiespältigen Charakter, und es ist begreiflich, daß das Gesetz da, wo es auf die Eigenschaften oder das Verhalten der bei dem Geschäft

---

20) RGB. 1791, 1915.
21) RGB. 1630, 1796.

beteiligten Personen ankommt, bald allein auf die Person des Vertretenen sehen wird, bald allein auf die Person des Vertreters, bald auf alle beide Personen.

1. Die Rechtsfähigkeit der bei dem Geschäft beteiligten Parteien ist nach der Person des Vertretenen, nicht nach der des Vertreters zu beurteilen; denn jener soll ja die Rechte erwerben, nicht dieser.

2. Das Gleiche gilt für die Verfügungsfähigkeit der Parteien.

3. a) Die Geschäftsfähigkeit ist insofern nach der Person des Vertreters zu beurteilen, als dieser nicht ganz geschäftsunfähig sein darf und als Erklärungen, die er in augenblicklicher Geistesstörung oder Bewußtlosigkeit abgiebt, nichtig sind; dagegen soll es nichts schaden, wenn der Vertreter beschränkt geschäftsfähig ist.[22])

b) Auf die Geschäftsfähigkeit des Vertretenen kommt es garnicht an. Allerdings muß, wenn es sich um eine (rechtsgeschäftliche) Vollmacht handelt, der Vertretene zu der Zeit, da er die Vollmacht ausstellte, vollgeschäftsfähig gewesen sein oder, falls er beschränkt geschäftsfähig war, muß sein Gewalthaber der Vollmacht zugestimmt haben. Aber ist die Vollmacht einmal erteilt, so erlischt sie, wenigstens im Zweifel, selbst dann nicht, wenn der Vollmachtgeber nachträglich ganz geschäftsunfähig wird.[23])

So kann es also kommen, daß der Vertretene geisteskrank und sein Vertreter wegen Geistesschwäche entmündigt ist, ohne daß dadurch die Gültigkeit des Geschäfts leidet; auch eine Vollmacht, die zwei Verschwender sich gegenseitig kurz vor der Entmündigung heimlich gegeben haben, dauert nach der Entmündigung fort. — Wenn die Vollmacht durch die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht aufgehoben wird, wird sie auch durch sie nicht beschränkt; so bedarf z. B. der Vertreter, welchen ein Geistesschwacher vor seiner Entmündigung mit Generalvollmacht versehen, auch nach der Entmündigung der Zustimmung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts nicht; der Vormund mag sich also beeilen, die Generalvollmacht sobald als möglich zu widerrufen.

4. Die Formen des Rechtsgeschäfts muß der Vertreter beobachten, nicht der Vertretene. So genügt es z. B. wenn einen Vertrag, für welchen Schriftlichkeit vorgeschrieben ist, der Vertreter mit seinem Namen unterschreibt, sofern nur aus dem Texte des Vertrages erkennbar ist, daß er im Namen eines Anderen handelt; übrigens darf der Vertreter den Vertrag auch mit des Vertretenen Namen unterschreiben, wenn er dazu Vollmacht hat. Doch schadet es nichts, wenn im Laufe der Verhandlung auch der Vertretene selber thätig wird, sofern er nur persönlich geschäftsfähig ist: ein Antrag wird z. B. dem A. als Vertreter des F. übersendet, F. erklärt persönlich die Annahme.

Eine Vertragsverhandlung mit einem anwesenden Vertreter ist eine Verhandlung unter Anwesenden, mag auch der Vertretene abwesend sein. — Eine Annahmeerklärung, die dem

22) RGB. 165.

23) Siehe RGB. 168.

Vertreter des Antragstellers innerhalb der Annahmefrist zugeht, ist rechtzeitig, mag auch der Vertreter dem Antragsteller die erfolgte Annahme erst nach Ablauf der Frist anzeigen.

5. In den vielen Fällen, wo die Wirkung eines Rechtsgeschäfts davon abhängt, ob eine Partei einen bestimmten Umstand gekannt hat oder hat kennen müssen, ist das Kennen oder Kennenmüssen nur des Vertreters entscheidend.[24]) Bloß insoweit, als die Vertretungsmacht eine Vollmacht ist und der Vertretene an dem Geschäftsabschluß thätig teilnahm, indem er den Vertreter mit Aufträgen versah, kommt auch das Kennen oder Kennenmüssen des Vertretenen (gleichwertig mit dem des Vertreters) in Betracht.[25])

Beispiel. 1. A. bevollmächtigt den B. irgend eine Majolikavase für etwa 30 Mark zu kaufen; B. kauft eine Vase, die einen Sprung hat; A. darf, wenn B. den Sprung beim Kaufabschluß hätte bemerken müssen, die Vase nicht zurückweisen, auch wenn er selber von dem Sprung erst nach dem Kaufabschluß Kenntnis hat gewinnen können; dagegen kann er die Vase wohl zurückweisen, wenn der Sprung für B. nicht erkennbar war, mag er auch selber früher einmal jene Vase gesehen und dabei ihre Schadhaftigkeit bemerkt haben. 2. A. bevollmächtigt den B. eine individuell bestimmte Vase zu kaufen; B. kauft sie wirklich, obschon sie einen Sprung hat; A. muß die Vase behalten, nicht bloß, wenn der Sprung dem B., sondern auch dann, wenn er ihm selbst erkennbar war; dies gilt sogar dann, wenn A. den Sprung erst hat bemerken können, nachdem er seine Vollmacht bereits ertheilt hatte, sofern nur noch Zeit genug ist, die Vollmacht zu widerrufen. 3. Der minderjährige A. weiß, daß sein Freund B. Wertpapiere gestohlen hat, aber nicht zu verkaufen wagt; er bittet nun seinen Vormund C., die Papiere für ihn zu erwerben, natürlich ohne zu erwähnen, daß sie gestohlen sind; C. thut dies auch wirklich; A. wird dadurch gemäß RGB. 932, 935 Abs. 2 Eigentümer der Papiere; denn seine eigne Unredlichkeit schadet ihm nichts, da hier nicht eine Vertretung kraft Vollmacht, sondern kraft gesetzlicher Vertretungsmacht vorliegt.

6. Ob bei einer rechtsgeschäftlichen Äußerung ein Willensmangel vorliegt, ob also z. B. die Äußerung ohne ernstliche Absicht oder irrtümlich oder erzwungen abgegeben ist, muß ausschließlich aus der Person des Vertreters beurteilt werden. Doch ist der Irrtum des Vertreters dann unerheblich, wenn der Vertretene die Thatsachen, auf die des Vertreters Irrtum sich bezog, seinerseits richtig erkannt hat, vorausgesetzt, daß die Vertretungsmacht des Vertreters eine „Vollmacht“ war und jene vom Vertreter verkannten, vom Vertretenen erkannten Thatsachen in den Rahmen der vom Vertretenen dem Vertreter gegebenen Weisungen fielen.

Beispiele. A. giebt dem B. ernstlich Auftrag und Vollmacht, ein bestimmtes Bild zu kaufen. 1. B. findet das Bild so häßlich, daß er nur zum Scherz ein Kaufgebot macht: nichtig. 2. B. will auf das Bild ernstlich bieten, aber nur 2000 Francs, während A. ihm aufgetragen hat, 2000 Napoleons zu bieten; er verspricht sich aber und sagt auftragsgemäß „2000 Napoleons“; anfechtbar. 3. A. weiß, daß das Bild kein Original ist, B. weiß es nicht; hat A. dem B. genau den Kaufpreis vorgeschrieben, so ist der Irrtum B.s gleichgültig; hat B. dagegen freie Hand und bietet im Glauben, ein Original vor sich zu haben, unverhältnißmäßig viel, so ist der Irrtum B.s erheblich.

7. Nach ähnlichen Regeln ist ein einseitiges Rechtsgeschäft zu beurteilen, welches gegenüber einem Vertreter vorgenommen wird. So darf z. B. der

24) RGB. 166. 25) RGB. 166.

Vertreter nicht geschäftsunfähig sein, während es unschädlich ist, wenn er beschränkt geschäftsfähig war;[26]) vorübergehende Bewußtlosigkeit oder Gestörtheit des Vertreters schadet nur, wenn der Gegenpartei die Rücksichtnahme auf diesen Umstand zuzumuten war.[27])

III. 1. Ein Rechtsgeschäft, welches der Vertreter als solcher im Rahmen seiner Vertretungsmacht vorgenommen hat, hat Rechtswirkung nicht für den Vertreter persönlich, sondern für den Vertretenen.[28]) Es wachsen also die Rechte, welche durch das Geschäft begründet werden, nicht dem Vertreter an; somit kann dieser die durch seine eigene That erworbenen Rechte selber nicht geltend machen, es sei denn, daß seine Vertretungsmacht sich auch hierauf erstreckt. Wohl aber fallen die Rechte dem Vertretenen zu, und zwar sofort, also oft genug ohne daß er von seinem Rechtserwerb eine Ahnung hat. — Ebenso wird durch die Pflichten, welche das Rechtsgeschäft begründet, nicht der Vertreter persönlich belastet; er kann z. B., wenn er eine Ware gekauft hat, von dem Verkäufer nicht auf Bezahlung des Kaufpreises belangt werden, und zwar selbst dann nicht, wenn der Vertretene ihm das nötige Geld dazu mitgegeben hat; Schuldner der Pflichten ist vielmehr allein der Vertretene.

2. Die gleiche Regel gilt für Willensäußerungen, die ein Dritter gegenüber einem Vertreter als solchem im Rahmen der diesem gebührenden Vertretungsmacht abgegeben hat. Wenn ich z. B. dem A. als dem Vertreter des F. sämtliche zwischen uns bestehende Mietverträge kündige, so bleibt ein Mietvertrag, den ich mit A. als Selbstpartei geschlossen, unverändert in Kraft.

Fortsetzung. Geschäftsabschluß des Vertreters mit sich selbst.[1])

§ 68.

1. Es kann vorkommen, daß jemand ein einseitiges Rechtsgeschäft in eignem Namen gegenüber sich selber als dem Vertreter eines Anderen vornimmt oder umgekehrt; so mag z. B. der Generalbevollmächtigte, der eine Forderung gegen seinen Vollmachtgeber hat, diese Forderung in eignem Namen kündigen, indem er die Kündigung an sich selbst als den Vertreter des Schuldners richtet; und auch umgekehrt, wenn er persönlich seinem Vollmachtgeber etwas schuldig ist, mag er die Forderung in dessen Namen sich selber kündigen. In gleicher Art kann jemand in eignem Namen auch einen Vertrag mit selbst als dem Vertreter der Gegenpartei abschließen; z. B. ein Theaterkassierer verkauft an sich selber eines seiner Theaterbillete. — Ähnlich liegt der Fall, wenn jemand zugleich für mehrere Personen Vertretungsmacht besitzt und

26) RGB. 165. 27) Siehe oben S. 166, 3. 28) RGB. 164.

1) Römer, Ztsch. f. Handelsrecht 19 S. 67 (74); M. Rümelin, Selbstkontrahieren des Stellvertreters (88); Lepa, Selbsteintritt des Kommissionärs (83) S. 226; Muskat, Goldschmidts Ztsch. 33 S. 507 (87).

nun im Namen der einen Person ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber sich selbst oder einen Vertrag mit sich selbst als dem Vertreter der anderen Person vornimmt; z. B. ein Rechtsanwalt, der das Vermögen zweier Schwestern verwaltet, tauscht im Auftrag und in Vollmacht beider Damen gewisse ihnen gehörige Wertpapiere gegen einander um.

2. Der Geschäftsabschluß des Vertreters gegenüber oder mit sich selbst ist nun aber gesetzlich verboten, da er den Vertreter in Versuchung bringt, sein eignes Interesse oder das Interesse der einen der von ihm vertretenen Personen parteiisch vor dem Interesse der Gegenpartei zu bevorzugen. Ein derartiger Geschäftsabschluß ist deshalb nichtig. Doch giebt es Ausnahmen.[2])

a) Allgemein ist der Geschäftsabschluß des Vertreters mit sich selbst zugelassen, wenn er ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Gemeint ist natürlich nur eine Erfüllung, welche der Verbindlichkeit genau entspricht, nicht z. B. eine Angabe an Zahlungsstatt. Gleichgültig ist dagegen, ob der Vertreter Gläubiger oder Schuldner der Verbindlichkeit ist.

b) Andere Geschäftsabschlüsse des Vertreters mit oder gegenüber sich selbst sind nur statthaft, wenn sie ihm besonders erlaubt sind. Zuständig zur Erteilung der Erlaubnis ist bei gewillkürten Vertretern der Vollmachtgeber, bei den Organen der Körperschaften die körperschaftliche Satzung oder die Mitgliederversammlung, bei Gewalthabern unselbständiger Personen das Vormundschaftsgericht. Die Erlaubnis kann auch stillschweigend erteilt werden; so hat jeder Vertreter, dessen Vertretungsmacht nicht ganz eng begrenzt ist, stillschweigend die Erlaubnis, das Namens des Vertretenen eingenommene kleine Geld bei sich selbst in Gold, Papiergeld oder Banknoten einzuwechseln.[3])

3. Der Vertreter muß bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder gegenüber sich selbst seinen rechtsgeschäftlichen Willen in gleicher Art äußern, wie bei nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften. Namentlich werden hier die Eintragungen des Vertreters in seine Rechnungsbücher eine Rolle spielen. Bei Formalverträgen muß er natürlich die vorgeschriebene Form beobachten; wenn z. B. kraft besonderer Erlaubnis des Hauswirts der Hausverwalter eine Wohnung auf 5 Jahre an sich selbst vermietet, so muß er dies schriftlich thun. — Sobald der Vertreter seine Äußerung abgegeben, ist das Rechtsgeschäft unwiderruflich abgeschlossen; damit steht nicht in Widerspruch, daß der Vertreter, wenn seine Vollmacht dazu ausreicht, das Rechtsgeschäft durch ein neues Rechtsgeschäft wieder aufheben kann.

---

2) RGB. 181, 1795 Abs. 2, 1630; 26 Abs. 2.

3) Eck S. 69[1]; Kößler bei Gruchot 36 S. 566 (92).

c) Vertretung ohne Vertretungsmacht.[1]

§ 69.

I. 1. Ein **Vertrag**, den jemand im Namen eines Anderen schließt, ohne für diesen Anderen eine zureichende Vertretungsmacht zu haben, — sei es, daß ihm die Vertretungsmacht ganz fehlt, sei es, daß er die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschritten hatte, — ist keineswegs völlig ungültig, sondern hat eine eigentümliche rechtsgeschäftliche Wirksamkeit. Und zwar wirkt der Vertrag nicht in der Person des Vertreters, da dieser nicht in eignem Namen gehandelt hat: wenigstens zunächst hat der Vertreter persönlich weder ein Recht noch eine Pflicht aus dem Vertrage. Vielmehr erstreckt sich die Wirksamkeit des Vertrages — für's Erste — lediglich auf die Person des Vertretenen. Doch ist die Wirksamkeit naturgemäß eine beschränkte.[2]

a) Anfänglich ist weder der Vertretene noch die Gegenpartei an den Vertrag fest gebunden; der Vertretene kann den Vertrag einfach als nicht geschlossen behandeln, und die Gegenpartei kann wenigstens dadurch, daß sie ausdrücklich ihren Widerruf — zu Händen des Vertretenen oder des Vertreters — erklärt, sich frei machen. Indes kann der Vertretene diesen Schwebezustand beendigen, indem er den Vertrag seinerseits genehmigt und dadurch vollgültig macht; von nun ab kann also die Gegenpartei nicht mehr widerrufen; doch muß natürlich der Vertretene seine Genehmigung aussprechen, ehe die Gegenpartei ihren Widerruf erklärt hat; außerdem kann die Gegenpartei ihm für seine Genehmigung eine Frist setzen, indem sie ihn zur Äußerung über den Vertrag auffordert; die Frist beträgt alsdann 14 Tage vom Empfang der Aufforderung; erklärt der Vertretene innerhalb dieser Frist seine Genehmigung nicht oder nur mit Einschränkungen, so gilt die Genehmigung als verweigert.

b) Das eben erwähnte Widerrufsrecht steht der Gegenpartei nur zu, wenn sie beim Abschluß des Vertrages nicht gewußt hat, daß der Vertreter ohne zureichende Vertretungsmacht war, mag auch ihre Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Kannte sie dagegen erweislich den Mangel, so ist sie ihrerseits an den Vertrag solange fest gebunden, bis der Vertretene seine Genehmigung verweigert; auch von dem Vertreter selbst, dem ja aus dem ganzen Vertrage keine eignen Rechte zustehen, kann sie aus dieser einseitigen Gebundenheit nicht gelöst werden. Das Recht, den Vertretenen zu einer Erklärung mit vierzehntägiger Frist aufzufordern, hat die Gegenpartei aber auch in diesem Falle.

In alledem wird ein von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossener Vertrag analog behandelt wie ein lästiger von einer beschränkt geschäftsfähigen Person ohne Einwilligung des Gewalthabers geschlossener Vertrag.

2. Hat der Vertretene seine Genehmigung verweigert, sei es durch aus-

1) Zimmermann, stellvertretende negotiorum gestio (76); Monroy, vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (78). 2) RGB. 177, 178.

drückliche Erklärung, sei es durch Nichterklärung während der vierzehntägigen Frist, so ist der Vertrag nunmehr als Rechtsgeschäft nichtig; der Vertretene ist also fortab aus dem Vertrage weder berechtigt noch verpflichtet. Dagegen greift jetzt eine eigentümliche Haftbarkeit des Vertreters Platz; sie ist aber nicht rechtsgeschäftlicher Art, weil sie nicht auf eine Willensäußerung des Vertreters zurückgeführt werden kann, sondern beruht einfach auf Gesetzesvorschrift, dem Gedanken folgend, daß jeder vollgeschäftsfähige Mensch für seine Worte einstehen muß, selbst wenn dies seinem Willen nicht entspricht, — ein Mann, ein Wort![3])

a) Grundsätzlich geht die Haftung des Vertreters nach Wahl der Gegenpartei auf Erfüllung des Vertrages, gleich als ob der Vertreter den Vertrag in eignem Namen abgeschlossen hätte, oder auf vollen Schadensersatz. Entscheidet sich die Gegenpartei für das erstere, so muß sie natürlich auch ihrerseits die ihr vertragsmäßig obliegenden Leistungen vollziehen, und zwar zu Händen des Vertreters.

Beispiel. A. hat dem B. als Vertreter des C. seine Villa für eine Million verkauft. B. hat aber keine Vollmacht und C. genehmigt nicht; A. kann nun fordern, daß B. selber die Villa für eine Million übernimmt; er kann aber auch die Villa an D. für 800 000 Mark verkaufen und von B. 200 000 Mark Schadensersatz fordern.

b) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht erweislich nicht gekannt, so wird, selbst wenn seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht(!), seine Haftung wesentlich ermäßigt. Sie geht nämlich nicht auf Erfüllung, sondern nur auf Schadensersatz, und sogar nur auf den Ersatz des negativen Geschäftsinteresses, d. h. des Schadens, den die Gegenpartei dadurch erleidet, daß sie auf die Vertretungsmacht vertraute, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches die Gegenpartei an der Wirksamkeit des Vertrages hatte.[4])

c) Wenn die Gegenpartei den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte, oder wenn der Vertreter beschränkt geschäftsfähig war und ohne Zustimmung seines Gewalthabers gehandelt hat, fällt die Haftung des Vertreters ganz fort.

Die Voraussetzung der Haftung des Vertreters in den Fällen a, b ist, daß er ohne zureichende Vertretungsmacht gehandelt hat. Doch muß nicht die Gegenpartei beweisen, daß diese Voraussetzung zutrifft; vielmehr muß umgekehrt der Vertreter, sobald der Vertretene den Vertrag zu genehmigen sich geweigert hat, das Vorhandensein einer zureichenden Vertretungsmacht nachweisen.[5])

3. Hat die Gegenpartei rechtmäßig den Vertrag widerrufen, so ist der Vertrag gleichfalls nichtig. Eine Haftpflicht des Vertreters findet aber in diesem Falle nicht statt, es sei denn, daß auf seiner Seite eine unerlaubte Handlung vorliegt.

3) RGB. 179. Siehe oben 195, 200.

4) Siehe unten § 92 Nr. 2. Ein Beispiel dieses Schadensersatzes s. oben S. 203c.

5) RGB. 179 Abs. 1.

II. 1. Nimmt jemand im Namen eines Anderen ein einseitiges Rechtsgeschäft vor, ohne zureichende Vertretungsmacht zu haben, so gelten die Regeln von den Verträgen analog, wenn die Partei, der gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, mit dem Vorgehen des Vertreters einverstanden ist.[6]) Dies kann 1) der Fall sein, wenn sie weiß, daß der Vertreter keine zureichende Vertretungsmacht besitzt; sie hofft vielleicht, daß der Vertretene nachträglich genehmigen werde; oder 2) wenn sie den Mangel der Vertretungsmacht nicht kennt. Im ersteren Falle muß das Einverständnis der Gegenpartei positiv festgestellt werden; im zweiten Falle genügt es, wenn die Gegenpartei den angeblichen Vertreter nicht „bei" (richtiger: „unverzüglich nach") der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückweist.[6a])

2. War die Gegenpartei mit dem Vorgehen des Vertreters nicht einverstanden, so finden die Regeln von den Verträgen keine Anwendung. Das Rechtsgeschäft ist also völlig nichtig. Eine persönliche Haftpflicht des Vertreters ist nur zu begründen, wenn auf seiner Seite eine unerlaubte Handlung vorliegt.[7]) — Das Gleiche gilt bei allen nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften, da hier eine Gegenpartei, die das Vorgehen des Vertreters genehmigen könnte, nicht vorhanden ist.

Beispiel. A. kündigt Namens des Vermieters B. dem Mieter C. dessen Wohnung. 1. C. schweigt auf die Kündigung und mietet sich eine neue Wohnung; dann kann B. die Kündigung nachträglich genehmigen; thut er es nicht, so muß A. dem C. die Miete für die neue Wohnung ersetzen. 2. C. weist die Kündigung zurück, weil von A. keine Vollmachtsurkunde vorgelegt wird oder[8]) weil die vorgelegte Urkunde verdächtig erscheint; dann darf B. nicht nachträglich genehmigen; und wenn C. sich schließlich doch eine neue Wohnung mietet, braucht A. die Miete (regelmäßig) nicht zu ersetzen.

III. Nimmt jemand ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne zureichende Vertretungsmacht vor, so kommen die Regeln von den Verträgen analog zur Anwendung, wenn der Vertreter positiv einverstanden war. Andernfalls ist das Rechtsgeschäft ganz nichtig.[9])

Beispiel. A. kündigt brieflich dem Rechtsanwalt B. als angeblichem Vertreter des C. eine Hypothek; B. schweigt, ist also nicht „positiv einverstanden", teilt aber dem C. die Kündigung mit; C. genehmigt die Kündigung sofort; trotzdem ist die Kündigung ungültig.

Zu I.—III. Eine besondere im einzelnen abweichende Regelung hat der Fall erfahren, wo der Gewalthaber einer geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Person ohne die erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes oder Vormundschaftsgerichts ein Rechtsgeschäft abschließt; siehe hierüber RGB. 1829—1832, 1643.

---

6) RGB. 180 Satz 2. 6a) Siehe oben S. 42 Nr. 2.
7) RGB. 180 Satz 1.
8) Abw. Eck S. 76.
9) RGB. 180 Satz 3.

9. Zustimmung.[1])

§ 70.

1. Die bisherige Darstellung hat gezeigt, daß sehr viele rechtsgeschäftliche Willensäußerungen nur dann wirksam werden, wenn ihr Urheber die Zustimmung einer anderen bei dem eigentlichen Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht beteiligten Person erlangt; es gilt das bei den Rechtsgeschäften der beschränkt geschäftsfähigen und solcher vollgeschäftsfähigen Personen, welche der vollen Verfügungsgewalt über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes entbehren, sowie bei den Rechtsgeschäften von Vertretern ohne Vertretungsmacht.[2]) In allen diesen Fällen muß also neben den Urheber der Willensäußerung als die Hauptpartei ein Zustimmender als „Nebenpartei" treten, welchen beiden dann die Person, an deren Adresse die Äußerung zu richten ist, als Dritter gegenübersteht. — Die Zustimmung heißt „Einwilligung", wenn sie der Willensäußerung der Hauptpartei vorausgeht; sie heißt „Genehmigung" (Ratihabition), wenn sie ihr nachfolgt.[3])

2. a) Die Nebenpartei kann die Entscheidung über ihre Zustimmung nach Gutdünken gegenüber der Hauptpartei oder dem Dritten erklären.[4])

b) Doch besteht eine wichtige Ausnahme: bei den Rechtsgeschäften einer beschränkt geschäftsfähigen Person und eines Vertreters ohne Vertretungsmacht braucht sich der Dritte damit nicht zu begnügen, daß die Nebenpartei ihre Genehmigung der Hauptpartei (Mündel, Vertreter) gegenüber erklärt, sondern kann eine Erklärung an seine eigene Adresse fordern; und hat der Dritte diese Forderung gestellt, so ist damit eine Erklärung, die die Nebenpartei etwa früher gegenüber der Hauptpartei abgegeben, hinfällig, sodaß die Nebenpartei sich jetzt anders entscheiden kann.[5]) Das gilt aber nur für die „Genehmigung" des Geschäfts, nicht für die dem Geschäft vorausgehende „Einwilligung". Hat also der Gewalthaber des Mündels im voraus in das Geschäft gewilligt, so ist dies für ihn endgültig bindend: auch dann, wenn der Dritte eine nochmalige Erklärung zu seinen Händen fordert, darf der Gewalthaber, wenn er der Aufforderung überhaupt Folge leisten will, lediglich die frühere an den Mündel gerichtete Zustimmungserklärung wiederholen. Und auch wenn der Gewalthaber seinen Entscheid dem Mündel (oder der Vertretene dem Vertreter) erst nach Abschluß des Rechtsgeschäfts erklärt hat, ist und bleibt dies gültig, wenn nur der Dritte es unterläßt, den Gewalthaber (oder den Vertretenen) zu einer nochmaligen Erklärung an seine eigne Adresse aufzufordern.

---

1) L. Seuffert, Lehre von der Ratihabition (68).
2) Siehe oben S. 159, 174, 229.
3) RGB. 183, 184. Anders ist der Sprachgebrauch im RGB. 1821, 1822.
4) RGB. 182.
5) RGB. 108 Abs. 2, 114, 177.

Beispiel. Der Vater eines zwanzigjährigen Offiziers genehmigt einen von seinem Sohne abgeschlossenen Pferdekauf dem Sohne gegenüber; der Verkäufer, der dies durch einen Dritten zufällig hört, kann den Sohn sofort verklagen und der Vater darf nicht etwa seine Genehmigung widerrufen; ebenso kann umgekehrt, wenn der Vater dem Sohne gegenüber die Genehmigung verweigert hat, der Verkäufer, dem vielleicht inzwischen für das Pferd ein höherer Preis geboten ist, sofort Rückgabe des Pferdes fordern.

c) Noch weiter geht folgende Ausnahme: ist bei einem Rechtsgeschäft, das ein Gewalthaber Namens seines Pflegebefohlenen schließt, die Zustimmung eines Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich, so kann diese Zustimmung gültig nur gegenüber dem Gewalthaber erklärt werden; jedoch wird die Zustimmung, wenn sie nach Abschluß des Geschäfts erteilt wird, erst dadurch wirksam, daß der Gewalthaber sie der Gegenpartei besonders mitteilt.[6])

3. a) Die Zustimmung bedarf der für das Rechtsgeschäft selbst vorgeschriebenen Form nicht, sondern kann sogar dann, wenn für das Rechtsgeschäft gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben ist, mündlich oder privatschriftlich erklärt werden.[7])

b) Eine Besonderheit gilt, wenn die Einwilligung in eine einseitige Willensäußerung der Hauptpartei erteilt werden soll, z. B. in eine Kündigung. Hier genügt nämlich eine formlose Einwilligung nur, wenn sie gegenüber dem Dritten erklärt wird. Ist sie dagegen an die Adresse der Hauptpartei abgegeben, so kann der Dritte fordern, daß die Einwilligung ihm in schriftlicher Form vorgelegt wird; entspricht die Hauptpartei dieser Aufforderung nicht, so ist ihre Willensäußerung unwirksam, sofern sie von dem Dritten unter Angabe des Grundes unverzüglich zurückgewiesen wird.[8])

Für die (nachträgliche) Genehmigung gilt diese Regel nicht. Das erklärt sich bei den einseitigen Rechtsgeschäften der beschränkt geschäftsfähigen Mündel und der Vertreter ohne Vertretungsmacht einfach dadurch, daß hier eine Genehmigung unzulässig ist, sobald der Dritte widerspricht. Dagegen trifft dieser Grund bei den Rechtsgeschäften einer Person ohne Verfügungsmacht nicht zu, wenn man es bei einer streng wörtlichen Auslegung vom RGB. 185 bewenden läßt.[9])

4. Die Einwilligung oder die Verweigerung der Einwilligung ist solange widerruflich, als das Rechtsgeschäft von der Hauptpartei noch nicht vorgenommen ist; ist dagegen das Rechtsgeschäft vorgenommen, so ist die Einwilligung und ihre Verweigerung fortab unwiderruflich. Der Widerruf, soweit er zulässig, kann sowohl der Hauptpartei als dem Dritten gegenüber erklärt werden.[10]) Das gilt aber nicht ausnahmslos. So kann z. B. die Neben-

---

6) RGB. 1828, 1829 Abs. 1, 1643 Abs. 3; 1832.
7) RGB. 182.
8) RGB. 111, 182 Abs. 3; siehe oben S. 220b die analoge Regel für die Vollmacht.
9) Siehe aber oben S. 175, erster Absatz.
10) RGB. 183.

partei, die ihre Einwilligung dem Dritten gegenüber erklärt, ihm zugleich rechtsgültig versprechen, daß sie die Einwilligung unwiderruflich gebe oder daß sie, wenn sie etwa widerrufen sollte, den Widerruf nur an ihn richten dürfe.

5. Die Genehmigung ist, wenn sie einmal gültig erklärt ist, unwiderruflich. Sie wirkt im Zweifel auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, sodaß also das Geschäft als von Anfang an vollgültig behandelt wird. Indes werden durch diese Rückwirkung solche Verfügungen nicht unwirksam, welche der Genehmigende selber über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts vor Erteilung der Genehmigung getroffen hat oder welche vorher im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter getroffen sind [11]); und zwar gilt dies nicht bloß für Verfügungen, die der Genehmigende selber als Hauptpartei getroffen, sondern auch für solche, denen er nur als Nebenpartei zugestimmt hat.

Beispiel. Auf dem Grundstücke des zwanzigjährigen A. werden folgende Hypotheken nach einander eingetragen: 1. auf A.s alleinigen Antrag zu Gunsten des M.. 2. auf A.s alleinigen Antrag zu Gunsten des N. 3. auf A.s Antrag unter Zustimmung des Vormundes zu Gunsten des O.; nachträglich genehmigt der Vormund zuerst die Hypothek des N., dann die des M.; jetzt sind alle drei Hypotheken gültig; O. hat aber die erste, N. die zweite, M. die dritte Hypothek. Die Rückwirkung der Genehmigung zeigt sich in diesem Falle nur darin, daß sie sich auch auf die Zinsen bezieht, die zur Zeit der Genehmigung bereits fällig waren.

6. Auch bei nicht empfangsbedürftigen Willensäußerungen bedarf der Urheber vielfach der Zustimmung eines Anderen. Dann ist die Zustimmung gleichfalls eine nicht empfangsbedürftige Willensäußerung, braucht also nicht gegenüber einer bestimmten Person, namentlich auch nicht gegenüber der Hauptpartei, abgegeben zu werden. Im übrigen gelten die Regeln zu 3—5 auch hier.

Zusatz zu §§ 50—70.

I. 1. Die Regeln über die Geschäftsfähigkeit (§ 55—57) gelten zunächst nur für deutsche Staatsangehörige, während für Ausländer das Recht ihres Heimatsstaates gilt (EG. 7). Ausnahmen. a) Ein Ausländer, der nach dem Recht seiner Heimat bereits die Volljährigkeit erworben hat, behält dies Recht, auch wenn er deutscher Staatsangehöriger wird und noch nicht 21 Jahr alt ist. b) Ein Ausländer, der im Inlande Rechtsgeschäfte (ausgenommen familien- und erbrechtliche Geschäfte oder Verfügungen über ausländische Grundstücke) vornimmt, gilt für diese Geschäfte insoweit als geschäfsfähig, als er nach deutschem Rechte geschäftsfähig sein würde, auch wenn ihm nach seinem Heimatsrecht die Geschäftsfähigkeit fehlt oder nur beschränkt zusteht; es gilt also für diesen Fall das deutsche oder das ausländische Recht, jenachdem jenes oder dieses **geringere** Anforderungen an die Geschäftsfähigkeit stellt.

2. Soll ein Rechtsgeschäft erfüllt werden, welches nach ausländischem Rechte unanstößig ist, während es nach unserer Anschauung die guten Sitten verletzt, so ist deutsches Recht anzuwenden (EG. 30). — Ob bezüglich eines nach in- oder ausländischem Recht verbotenen Geschäfts das in- oder ausländische Recht anzuwenden, hängt von den Zwecken des einzelnen Verbotsgesetzes ab; so bezieht sich z. B. das Verbot, Geldinhaberpapiere ohne staatliche Erlaubnis in Verkehr zu bringen, nur auf Papiere, die im Inlande ausgestellt sind (RGB. 795).

3. Die Verfügungsfähigkeit einer Partei ist nach dem Gesetze zu beurteilen, welches für das Recht, über welches verfügt werden soll, im allgemeinen entscheidend ist, ohne Rücksicht

11) RGB. 184.

auf den Ort, wo die Verfügung vorgenommen wird, oder auf die Staatszugehörigkeit des Verfügenden.

4. Für die Form der Rechtsgeschäfte ist die bereits oben S. 46 erwähnte Regel aufgestellt; doch gilt sie nicht für alle Punkte, die oben in unserem von der Form der Rechtsgeschäfte handelnden § 59 besprochen sind; so ist z. B. die Dauer der Annahmefrist nicht immer nach dem am Ort des Vertragsschlusses geltenden Rechte zu beurteilen.

5. Im übrigen läßt sich eine allgemeine Regel darüber, welches örtliche Recht auf Rechtsgeschäfte anwendbar ist, nicht aufstellen. Es sind die einzelnen Arten der Rechtsgeschäfte zu verschieden dazu.

II. 1. Auf Rechtsgeschäfte, die vor 1900 abgeschlossen sind, ist das alte Recht anzuwenden. So selbst dann, wenn dem Geschäftsabschluß eine aufschiebende Bedingung beigefügt war, die erst 1900 oder später erfüllt wird; denn das Rechtsverhältnis, welches durch Eintritt der Bedingung begründet wird, ist nur die Fortsetzung des schon vorher bestehenden Rechtsverhältnisses. Ebenso dann, wenn das Geschäft nach altem Rechte anfechtbar war und erst 1900 oder später durch Anerkenntnis gültig gemacht wird. Auch Rechtsgeschäfte, die zu voller Wirksamkeit der Zustimmung einer Nebenpartei bedürfen, unterliegen dem alten Recht, wenn sie vor 1900 abgeschlossen sind, mag auch die Zustimmung der Nebenpartei erst später erfolgen; denn die Zustimmung soll ja nach RGB. 184 rückwirkende Kraft haben. Dagegen unterliegt ein nichtiges Geschäft, welches erst 1900 durch Anerkenntnis gültig gemacht wird, dem neuen Recht.

2. Geschäfte, die von 1900 ab geschlossen werden, unterliegen dem neuen Recht. Dies gilt auch für die Geschäftsfähigkeit der Parteien; denn diese ist nicht etwa dadurch, daß sie vor 1900 vorhanden war, als ein dauerndes Recht geschaffen, das durch eine neue Gesetzgebung grundsätzlich nicht berührt wird; sie ist vielmehr ein dauernder Zustand, der einfach dem jeweilig geltenden Rechte unterliegt; so kann z. B. ein Preuße, der in Königsberg am 12. März 1885 geboren ist und dort noch jetzt wohnt, noch am 31. Dezember 1899 ein Testament machen; am 1. Januar 1900 kann er es nicht mehr. — Nur die Verfügungsfähigkeit der Parteien ist nach altem Recht zu beurteilen, wenn sie noch unter dessen Herrschaft entstanden ist, — übrigens auch hier mit Ausnahmen, z. B. gemäß EG. 168, 181 Abs. 1, 203.

II. Verschulden und Zufall.

1. Verschulden. [1])

§ 71.

Der Begriff des Verschuldens reiht sich gegensätzlich an den des Rechtsgeschäfts an; das Rechtsgeschäft bringt seine Wirkung gemäß dem Willen seines Urhebers hervor; das Verschulden hingegen ist ohne Rücksicht auf den Willen des Schuldigen, ja oft sogar im Widerspruch zu seinem Willen rechtswirksam. [2]) Übrigens kann ein und derselbe Thatbestand zugleich Rechtsgeschäft und schuldhafte Handlung sein, z. B. ein Kauf, bei dem der Verkäufer den Käufer betrügt; hier werden dann eben Rechtswirkungen, die dem Willen des Verkäufers gemäß, und solche, die ihm zuwider sind, miteinander verknüpft.

---

12) Ausnahme bei Ehefrauen EG. 200 Abs. 3.

1) Löhr, Culpa (6, 8); Hasse, Culpa (38); Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 2 (55); Ihering, Schuldmoment im röm. Privatrecht (67); Pernice Labeo 2 (78).

2) Siehe oben S. 145b.

Die folgenden Regeln über das Verschulden sind im wesentlichen römischen Ursprungs. Freilich hat auch das ältere deutsche Recht zwischen Verschulden und Schuldlosigkeit unterschieden, indem es z. B., wenn jemand eine Frist versäumt hatte, ihm die Entschuldigung mit echter Not gestattete; es hat dies aber noch in sehr starrer Weise gethan, ohne eine freie Würdigung der Schuldfrage zu ermöglichen.

1. Der Fall des Verschuldens, welcher rechtlich am häufigsten und wichtigsten ist, so daß man oft allein an ihn denkt, wenn man von Verschulden redet, ist die Verletzung oder Gefährdung fremder Rechte. Neben dieser „schuldhaften Rechtsverletzung“ sind aber noch andere wichtige Fälle des Verschuldens zu nennen, z. B. daß jemand eine ihm zur Wahrung seiner eignen Rechte gesetzte Frist schuldhaft versäumt, daß er eine Thatsache, die für fremde oder eigne Rechtsverhältnisse wichtig ist, schuldhaft übersieht, daß er durch Leichtsinn in Bedürftigkeit gerät [3]) u. s. w. Von dem Verschulden zu unterscheiden ist die unerlaubte Handlung; denn es giebt unerlaubte Handlungen, die kein Verschulden voraussetzen, z. B. ein Haustier richtet, obschon es pflichtmäßig gehütet ist, einen Schaden an, und umgekehrt, Verschuldungen, die keine unerlaubte Handlung voraussetzen, z. B. jemand versäumt es, eine durch seinen Boten falsch ausgerichtete Bestellung unverzüglich anzufechten. [4])

Übrigens müssen einige Regeln, die das Reichsgesetzbuch nur für unerlaubte Handlungen aufgestellt hat, analog auch auf andere Fälle schuldhaften Verhaltens ausgedehnt werden, z. B. RGB. 831.

2. Wir unterscheiden zwei Hauptarten des Verschuldens.

a) Vorsätzliches Verschulden liegt vor, wenn jemand durch eine absichtliche Handlung oder Unterlassung fremde oder eigne Interessen bewußt schädigt; ist eine „Rechtsverletzung“ in Frage, so ist außerdem erforderlich, daß der Schuldige das Recht, welches er verletzte, gekannt und ferner, daß er nicht geglaubt hat, ein das verletzte Recht durchkreuzendes stärkeres Gegenrecht zu haben. — Die „Absicht“ des Schuldigen braucht nur auf die Handlung oder Unterlassung als solche, nicht zugleich auf ihre schlimmen Folgen gerichtet zu sein. Vielmehr genügt es, wenn der Schuldige zur Zeit der Handlung oder Unterlassung diese Folgen als notwendig und unausbleiblich voraussah. Dagegen genügt es nicht, wenn jemand sich der schlimmen Folgen seines Verhaltens nur als wahrscheinlich oder gar nur als entfernt möglich bewußt war; in Ansehung solcher unsicheren Folgen gilt vielmehr sein Verhalten nur dann als vorsätzlich, wenn er gerade diese Folgen beabsichtigt hat.

Beispiel. 1. Ich reiße eine Mauer ein, welche meinem Nachbarn gehört. Kein vorsätzliches Verschulden, wenn ich mir einbildete, die Mauer gehöre noch zu meinem Grundstücke, oder wenn ich zwar wußte, die Mauer gehöre dem Nachbarn, aber zugleich glaubte, ich hätte das betreffende Grundstück gepachtet und sei als Pächter zum Niederreißen der Mauer befugt.

---

3) RGB. 121 Satz 1; 68, 122 Abs. 2, 932 Abs. 2; 529, siehe auch 1611 Abs. 1, 254.
4) RGB. 833, 121.

2. Wenn ich mit dem Gelde meiner Frau auf deren Rechnung eine unglücklich verlaufende Börsenspekulation mache, so habe ich das Vermögen meiner Frau damit noch nicht „vorsätzlich" geschädigt; denn ich habe den schlechten Ausgang der Spekulation zwar als möglich vorausgesehen, aber doch nicht beabsichtigt. Dagegen schädige ich das Vermögen meiner Frau vorsätzlich, wenn ich mit ihrem Gelde meine Spielschulden bezahle, obschon auch hier meine „Absicht" auf eine Schädigung des Frauenguts nicht gerichtet war; denn in diesem Falle war die Schädigung die notwendige Folge meines Verhaltens; es genügt also, daß ich mir dieser Folge „bewußt" war.

Nur ein besonderer Fall des vorsätzlichen Verschuldens ist die Arglist: es ist dies nämlich die vorsätzliche, schuldhafte Täuschung eines Anderen.

b) Fahrlässigkeit liegt vor, wenn jemand fremde oder eigne Interessen durch Vernachlässigung der gebührenden Sorgfalt schädigt. Die Fahrlässigkeit ist wieder von verschiedener Art, je nach dem Grade von Sorgfalt, den das Gesetz als gebührend ansieht.

α) Regelmäßig sieht das Gesetz als gebührend diejenige Sorgfalt an, welche die verständige Verkehrssitte fordert, eine Sorgfalt, welche die rechte Mitte zwischen der Ängstlichkeit des Pedanten und der Leichtfertigkeit des Unbesonnenen hält. Demnach kommt es darauf nicht an, welche Sorgfalt das einzelne Individuum seinem Charakter nach selber von sich fordert; weder wird dem Sorglosen die Entschuldigung nachgelassen, daß er immer so zerstreut, leichtgläubig oder unordentlich sei, wie in dem nun streitigen Falle, noch wird umgekehrt dem Pedanten, welcher ausnahmsweise einmal die gewohnte Ängstlichkeit überwand und bei diesem ersten Versuch wirklich verständigen Benehmens wider Erwarten Unglück hatte, dies Verhalten als Schuld angerechnet. Im übrigen ist dagegen auf die Individualität des Schuldigen volle Rücksicht zu nehmen: zwar nicht darauf, welche Sorgfalt er gemäß seinem Charakter von sich fordert, wohl aber darauf, welche Sorgfalt er gemäß seinen geistigen und körperlichen Kräften und seiner wirtschaftlichen Lage anzuwenden vermag, kommt es an. Denn der verständige Verkehr und also ihm folgend auch das Gesetz kann eben — auch wenn man hier von den wirklich Unzurechnungsfähigen absieht — nicht alle Menschen mit gleichem Maße messen, sondern verlangt größere Sorgfalt von dem Fachmann als von dem Unfachverständigen, von dem Gesunden als von dem Kranken, von Männern als von Frauen, von vierzigjährigen als von zwanzig- oder neunzigjährigen. — Wenn das Gesetz einer Person jede Verletzung der gehörigen Sorgfalt in dem vollen eben bezeichneten Umfang als Verschulden anrechnet, sagt man, daß die Person für „leichte" Fahrlässigkeit, für „leichtes" Verschulden oder auch, daß sie für „jedes" Verschulden einstehen müsse. Diese Haftung gilt z. B. für einen Vormund bei der Verwaltung des Mündelvermögens.[5])

β) In manchen Fällen[6]) — z. B. im Verhältnis zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und Kindern, zwischen Gesellschaftern — hat das Gesetz nach

5) RGB. 1833.

6) RGB. 1359, 1664, 708, 690; siehe auch Börs.Ges. v. 22. 6. 96 § 44 Abs. 3.

römischem Vorgang eine mildere Auffassung. Es gestattet nämlich im Bereich dieser Fälle einem Schuldner, welcher bei Besorgung fremder Angelegenheiten die nach allgemeiner Verkehrssitte gebührende Sorgfalt verletzt hat, die Entschuldigung, daß er auch bei Besorgung seiner eignen Angelegenheiten die gleiche Sorglosigkeit beobachte. Die Grenze zwischen Fahrlässigkeit und Schuldlosigkeit wird hier also nicht durch die allgemeine verständige Verkehrssitte bestimmt, sondern durch die besonderen, vielleicht unverständigen Gepflogenheiten, die gerade der Schuldner im Kreise seiner eignen Interessen übt. Nur bei grober Verletzung der verkehrsüblichen Sorgfalt — *grober Fahrlässigkeit* — fällt diese Entschuldigung fort: schwerere Mißbräuche also, die der Schuldner bei Besorgung seiner eignen Angelegenheiten sich erlaubt, darf er auf fremde Angelegenheiten in keinem Falle ausdehnen.[7])

γ) Noch milder ist das Gesetz, wenn es jemandem überhaupt nur *grobe* Verletzungen der verkehrsüblichen Sorgfalt als Fahrlässigkeit zurechnet, so daß ein leichtes Versehen selbst dann entschuldigt ist, wenn der Urheber in eignen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflegt. In dieser Weise ist z. B. der Geschenkgeber gegenüber dem Schenker, der Finder einer Sache gegenüber dem Verlierer haftbar.[8])

δ) Am engsten ist der Begriff des *böslichen* Verhaltens, der in einigen handelsrechtlichen Gesetzen eine Rolle spielt:[9]) er umfaßt nur eine solche Verletzung der Sorgfalt, die geradezu als Kopflosigkeit oder als Übermut zu bezeichnen ist.

ε) Es wäre denkbar, daß, wie in den zuletzt besprochenen Fällen die Haftung auf gröbere Verschuldung beschränkt ist, die Haftung in gewissen Fällen umgekehrt auf eine ganz geringfügige Verschuldung ausgedehnt würde. In der That kennt das preußische Recht neben der Haftung für „mäßiges“ auch eine Haftung für „geringes“ Verschulden. Das Reichsgesetzbuch hat diese Unterscheidung indes nicht übernommen.

Beispiel. I. 100 000 Mk. Wertpapiere mit Zinsscheinen, die ich in meinem Schreibtisch gut verschlossen hielt, habe ich mir stehlen lassen. Fahrlässig! Denn nach verständiger Sitte hätte ich Papiere von solchem Wert besser verwahren müssen. Doch ist meine Fahrlässigkeit nur eine leichte. a) Die Papiere gehören meinem Mündel; dann bin ich für den Diebstahl haftbar. b) Die Papiere gehören meiner Frau; dann bin ich ihr nur haftbar, wenn ich meine eigenen Papiere sorgfältiger zu verwahren pflege; c) die Papiere gehören meinem Bruder, dem ich sie geschenkt hatte; dann bin ich haftfrei. II. Gleicher Fall; nur ist der Diebstahl von meinem Diener ausgeführt, während ich, ohne meinen Schreibtisch zu verschließen, spazieren gegangen war. Grobe Fahrlässigkeit! Ich hafte deshalb in allen 3 zu I genannten Fällen. III. „Böslich“ wäre mein Verhalten, wenn ich meinen Schreibtisch absichtlich offenließ, obschon ich wußte, daß mein Diener bereits wegen Diebstahls bestraft war.

Ist eine schuldhafte *Rechtsverletzung* in Frage, so kann Fahrlässigkeit

---

7) RGB. 277.

8) RGB. 521, 539, 680, 968 u. s. w.

9) HGB. 213a, 396 Abs. 5. RBörsenGes. v. 22. 6. 96 § 43 u. s. w.

auch dann vorliegen, wenn der Thäter das verletzte Recht nicht gekannt oder wenn er geglaubt hat, ein stärkeres Gegenrecht zu haben. Nur muß dann jene Unkenntnis oder dieser Irrtum gleichfalls fahrlässig gewesen sein. War dagegen die Unkenntnis oder der Irrtum entschuldbar, so gilt auch die Rechtsverletzung selber nicht als fahrlässig.

3. Die rechtliche Wirkung der Verschuldung ist immer ein Rechtsnachteil für den Schuldigen. Bald muß der Schuldige dem, den er geschädigt hat, Schadensersatz oder Strafe zahlen, bald verwirkt er ein ihm sonst zustehendes eignes Recht, sei es, daß er es garnicht erst erwirbt, sei es, daß er es nachträglich verliert; bald wird ein von ihm abgeschlossenes Geschäft, welches sonst gültig wäre, nun, da er schuldhaft gehandelt hat, ungültig oder umgekehrt.[10]

4. Welcher dieser Rechtsnachteile im Einzelfall eintritt und ob er schon die Folge einer leichten oder nur einer groben Fahrlässigkeit oder gar nur einer vorsätzlichen Handlung des Schuldigen sein soll, läßt sich nicht allgemein bestimmen. Immerhin sind folgende Regeln schon hier zu erwähnen.

a) Wenn das Gesetz eine Rechtswirkung von der Fahrlässigkeit oder dem Verschulden einer Person abhängig macht, ohne den Grad der Fahrlässigkeit oder des Verschuldens zu bezeichnen, so ist auch die leichte Fahrlässigkeit darin einbegriffen; die Person soll alsdann, eben, weil das Gesetz eine Beschränkung nicht zufügt, für jedes Verschulden einstehen.[11]

b) Wer für leichte Fahrlässigkeit einstehen muß, muß auch für grobe Fahrlässigkeit, wer für grobe oder leichte Fahrlässigkeit einstehen muß, muß auch für vorsätzliches Verschulden einstehen. Das ist selbstverständlich. Ebenso selbstverständlich ist aber auch, daß man diesen Satz nicht umkehren darf. Namentlich wäre es falsch zu sagen, daß, wer für vorsätzliche Verschuldung haftet, immer auch für grobe Fahrlässigkeit einstände;[12] beide Arten der Haftung sind allerdings sehr oft miteinander verbunden, aber doch nicht immer.[13]

c) In manchen Fällen läßt das Gesetz einen Rechtserwerb, der an und für sich mit einem Mangel behaftet war, trotzdem als vollwirksam zu, wenn der Erwerber gutgläubig war, d. h. wenn ihm ohne grobe Fahrlässigkeit der Mangel seines Erwerbes unbekannt geblieben ist; in diesen Fällen stellt also das Gesetz der Kenntnis jenes Mangels eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich.[14] In noch anderen Fällen wird der Kenntnis sogar eine auf leichter Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleichgestellt; dann spricht das Gesetz neben dem Kennen von dem Kennenmüssen.[15] Doch dürfen diese Regeln nicht verallgemeinert werden. Vielmehr giebt es eine

---

10) Beispiele: RGB. 839, 847; 1000 Satz 2; 971 Abs. 2; 123 Abs. 2; 111 Satz 2.
11) RGB. 276.
12) C. Chr. Burckhardt, Gleichstellung von dolus u. culpa lata (85).
13) Z. B RGB 826, 825, 276 Abs. 2.
14) RGB. 932 Abs. 2; 937 Abs. 2; 955 Abs. 1; 990, 1007, 1032, 1207, 1208, 2024.
15) RGB. 68 Satz 2; 122 Satz 2; 123 Satz 2; 132 Abs. 2; 149; 179 Abs. 3 u. s. w.

letzte Reihe von Fällen, wo das Gesetz eine bestimmte Rechtswirkung nur eintreten läßt, wenn die dadurch benachteiligte Partei eine gewisse Thatsache positiv gekannt hat[16]); die Partei geht hier also, wenn ihr die verhängnisvolle Kenntnis mangelt, frei aus, mag ihre Unkenntnis auch auf einer geradezu lächerlichen Fahrlässigkeit beruhen.

d) Kann sich jemand mit seiner Unkenntnis entschuldigen, so kann er sich nicht bloß auf thatsächliche, sondern auch auf Rechtsirrtümer berufen. So auch in solchen Fällen, wo der Kenntnis eine fahrlässige Unkenntnis gleichsteht; allerdings wird ein Rechtsirrtum sehr oft fahrlässig sein; aber daß er immer fahrlässig wäre, wird man z. B. in Fällen, wo die maßgebende Rechtsregel bestritten ist, nicht behaupten dürfen.

5. Die Fähigkeit, eine schuldhafte Rechtsverletzung zu begehen, steht nicht jeder Person zu. Wir haben demgemäß, indem wir im Anschluß an den Sprachgebrauch des Strafrechts diese Fähigkeit als Zurechnungsfähigkeit bezeichnen, zurechnungsfähige und unzurechnungsfähige Personen zu unterscheiden. Und zwar darf die Zurechnungsfähigkeit nicht mit der Geschäftsfähigkeit verwechselt werden; denn es giebt zurechnungsfähige Personen, die geschäftsunfähig, und geschäftsfähige, die unzurechnungsfähig sind, z. B. entmündigte Geisteskranke in lichten Augenblicken — geistesschwache Personen von 7—17 Jahren.

a) Kinder unter sieben Jahren, sowie Personen, die schuldlos in einen Zustand von Bewußtlosigkeit oder geistiger Unfreiheit geraten sind, sind gänzlich unzurechnungsfähig; ebenso auch, wer durch eigne Schuld die geistige Freiheit eingebüßt hat, sobald sein krankhafter Zustand ein dauernder geworden ist, z. B. der dem Delirium verfallene Trinker.[17])

b) Wer durch eigne Schuld vorübergehend in einen Zustand von Bewußtlosigkeit oder Unfreiheit gerät, ist fahrlässigen, nicht aber vorsätzlichen Verschuldens fähig.[18])

c) Minderjährige, im Alter von 7—17 Jahren und Taubstumme sind unzurechnungsfähig, insoweit sie zur Zeit der That, die zur Erkenntnis ihrer Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besaßen.[19]) Namentlich bei einem vorsätzlichen Verschulden, z. B. einem Verstoß gegen RGB. 826 wird diese Regel wichtig sein.

d) Im übrigen steht die Zurechnungsfähigkeit jedermann unverkürzt zu. So sind namentlich Minderjährige von 18—20 Jahren, Geistesschwache, entmündigte Verschwender oder Trinker voll zurechnungsfähig. Doch ist schon oben erwähnt, daß auch im Kreise der zurechnungsfähigen Personen die Individualität dessen, dem ein Verschulden zur Last gelegt wird, keineswegs gleich-

16) RGB. 68 Satz 1; 109 Abs. 2; 116 Satz 2; 121 Satz 1; 179 Abs. 2; 892 u. s. w.
17) RGB. 828 Abs. 1, 827.
18) RGB. 827 Satz 2.
19) RGB. 828 Abs. 2.

gültig ist, sondern sehr wohl einen Grund zur Verneinung der Schuldfrage abgeben kann.[20])

Beispiel. Ein neunzigjähriger Schwachkopf wirft ein Zündholz fort und verursacht dadurch ein Brandunglück; wir können ihm die Schadensersatzpflicht abnehmen, nicht weil er zwar fahrlässig gehandelt hat, aber unzurechnungsfähig war, wohl aber, weil er, schwachköpfig wie er war, mit dem Wegwerfen des Zündholzes überhaupt keine Fahrlässigkeit begangen hat.

6. a) Die Regeln zu 5 gelten für alle Rechtsverletzungen, nicht vertragsmäßige und vertragsmäßige.

Wenn z. B. ein sechsjähriges Kind ein fremdes Klavier beschädigt, so gilt dies als Handlung eines Unzurechnungsfähigen, mag es sich nun um ein Klavier, welches das Kind garnichts anging, oder aber um ein Instrument, das im Namen des Kindes für dessen Klavierunterricht gemietet war, handeln.

b) In Fällen der Verschuldung, die eine Verletzung fremder Rechte nicht enthalten, giebt es einen einheitlichen Begriff der Unzurechnungsfähigkeit nicht. Hier entscheidet vielmehr die freie Würdigung des Einzelfalles darüber, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht.

So wird man z. B. wenn jemand sich einer Thatsache nicht mehr zu entsinnen vermag, die ihm zu einer Zeit, da er sinnlos betrunken war, mitgeteilt worden ist, nicht immer von fahrlässiger Unkenntniß sprechen; man wird also RGB. 827 auf Fälle dieser Art nur mit Vorsicht analog anwenden.

7. Wer einen Anderen zu einer bestimmten Verrichtung bestellt, kann, wenn dieser Andere in Ausführung der Verrichtung einen Schaden verursacht, selber als der schuldige Urheber des Schadens erscheinen.[21]) Dabei kann der Andere mitschuldig sein. Es ist aber möglich, daß er persönlich unschuldig ist, z. B. weil er unzurechnungsfähig war oder weil die Verrichtung seine Kräfte überstieg, ohne daß er deshalb bei seinem Verhältnis zum Auftraggeber den Auftrag zurückweisen durfte; alsdann ist der Auftraggeber der Alleinschuldige. Eine Schuld des Auftraggebers ist in folgenden drei Fällen anzunehmen.

a) Die Verrichtung durfte, wie der Auftraggeber wußte oder wissen mußte, überhaupt nicht ausgeführt werden.

b) Der Auftraggeber hätte, wie er wußte oder wissen mußte, die Verrichtung nur persönlich ausführen dürfen.

c) Er hätte sie auch einem Anderen auftragen können, hätte dann aber den Anderen besser auswählen, anleiten, beaufsichtigen oder ausstatten sollen. Das Maß der Sorgfalt, das er hierbei hätte anwenden müssen, ist das gleiche, wie das, welches ihm bei persönlicher Vornahme der Verrichtung oblag; wer z. B. ein Pferd durch einen Knecht fortschickt, muß sich um den Knecht weit mehr bekümmern, wenn er ein erborgtes Pferd dem Verleiher, als wenn er ein verschenktes Pferd dem Beschenkten zusendet. Und zwar muß nach einer dem

---

20) Siehe oben S. 237 α.

21) Goldschmidt, Ztsch. f. Handelsr. 16 S. 287 (71); v. Wyß, Haftung für fremde Culpa (67).

bisherigen Recht in dieser Allgemeinheit nicht bekannten Regel des Reichsgesetzbuchs[22]) der Auftraggeber seinerseits beweisen, daß er die gebührende Sorgfalt angewendet habe oder daß der Schade auch bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt entstanden wäre. — Hat der Auftraggeber die Auswahl, Anleitung, Beaufsichtigung oder Ausstattung des Schadensanstifters einer Zwischenperson übertragen, so ist er haftfrei, wenn dies nach Lage des Falles zulässig war und er die Mittelsperson mit gehöriger Sorgfalt ausgesucht und angewiesen hatte; doch muß, wenn es sich um eine schuldhafte Verletzung fremder Rechte handelt, die Zwischenperson ihrerseits dem Geschädigten für die Anwendung der gebührenden Sorgfalt einstehen.[23])

8. Wer über eine Person, die wegen ihrer Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, kraft Gesetzes oder Vertrages die Aufsicht zu führen hat, — z. B. die Eltern eines Kindes, das Kindermädchen, der Schullehrer — steht, sofern er seiner Aufsichtspflicht nicht genügt hat, für jede Verletzung fremder Rechte ein, welche jene Person begeht; seine Sache ist es, nachzuweisen, daß er die gehörige Sorgfalt angewendet hat oder daß der Schade auch bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt entstanden sein würde.[24])

9. Die bei einem einzelnen Rechtsverhältnis beteiligten Parteien können das Maß der Sorgfalt, welches sie gegenseitig beobachten wollen, vertragsmäßig strenger oder milder bestimmen, als das Gesetz es thut. Nur die Haftung für vorsätzliche Rechtsverletzung kann niemandem im voraus erlassen werden; doch gilt dies nur für eigenes vorsätzliches Verschulden, während die Haftung für das vorsätzliche Verschulden von Gehilfen, Vertretern, Pflegebefohlenen (oben Nr. 7, 8) erlaßbar ist.[25])

2. Zufall.[1])

§ 72.

Zufall ist ein Ereignis, welches auf die Rechtsverhältnisse einer Person einwirkt, ohne von ihr absichtlich oder fahrlässig verursacht zu sein. Den Gegensatz zum Zufall bildet namentlich das Rechtsgeschäft und das Verschulden, weshalb denn auch der Darstellung der Rechtsgeschäfte und der schuldhaften Handlungen die Erörterung des Zufalls an dieser Stelle angereiht wird; doch giebt es auch nichtzufällige Ereignisse anderer Art, z. B. die absichtliche Er-

---

22) RGB. 831. 23) RGB. 831 Abs. 2.

24) RGB. 832.

25) RGB. 276 Abs. 2, 278 Satz 2.

1) Mataja bei K. u. R. 1 S. 267; R. Merkel, Kollision rechtm. Interessen (95); E. Jung, Delikt u. Schadensverursachung (96); M. Rümelin, Gründe der Schadenszurechnung (96); Unger, Handeln auf eigne Gefahr (94); Brunner, über absichtslose Missethat im altdeutschen Strafrecht, Sitzungsberichte der Berl. Akad. 1890 Nr. 35.

füllung einer Bedingung. Rechtlich am wichtigsten ist der Zufall, wenn er hemmend oder schädigend auftritt: er hindert z. B. den Berechtigten an der Ausübung seiner Rechte, den Verpflichteten an der Erfüllung seiner Schuld, er verletzt Menschen oder Sachen u. s. w.

1. a) Es giebt Ereignisse, die vom Standpunkte sämtlicher Beteiligten aus gesehen zufällig sind, z. B. ein Theater stürzt durch ein Erdbeben zusammen und begräbt Schauspieler und Zuschauer unter seinen Trümmern. Oft ist dagegen ein Ereignis nur relativ zufällig; wenn z. B. ein ungeschickter Kutscher mich überfährt, ist dies für ihn Verschuldung, für mich Zufall. — Im folgenden soll nur von solchen Ereignissen die Rede sein, bei welchen zwei Personen mit entgegengesetzten Interessen derart beteiligt sind, daß das Ereignis vom Standpunkt aller beider ein Zufall ist, also, wenn man will, von „zweiseitigen" Zufällen. Die Frage ist dann diese: welche von beiden Parteien soll die „Gefahr" d. h. die schlimmen Folgen des Zufalls tragen?

b) Sehr oft steht bei solchen „zweiseitigen" Zufällen neben den beiden unschuldigen Parteien noch eine dritte schuldige, und es versteht sich dann von selbst, daß das Gesetz die schlimmen Folgen des Zufalls allein dieser dritten Partei aufbürdet. Aber dadurch wird unsere Frage keineswegs gegenstandslos, sofern eine der unschuldigen Parteien den Schaden an ihrer Person oder ihrem Vermögen thatsächlich erlitten hat. Denn daß der schuldige Dritte den Schaden tragen soll, hat alsdann nur den Sinn, daß die thatsächlich geschädigte Partei den Schaden auf den Dritten abwälzen darf. Wie nun aber, wenn diese Abwälzung mühsam und ärgerlich ist? Wie, wenn der Dritte nicht aufgefunden werden kann oder zahlungsunfähig ist? Dann ist die Frage, ob die betroffene unschuldige Partei nicht zunächst den Schaden auf die zweite gleichfalls unschuldige Partei abschieben und dieser die Auseinandersetzung mit der dritten schuldigen Partei überlassen darf, von allergrößter Bedeutung.

Beispiel. A. hat einen Tausendmarkschein von der Bank geholt, um ihn morgen dem B., dem er 1000 Mark schuldig ist, zu geben; in der Nacht wird der Schein von C. gestohlen. Sicher: den Schaden soll weder A. noch B., sondern C. tragen. Trotzdem ist es wichtig festzustellen, daß im Verhältnis zwischen A. und B. ersterer die Gefahr des Diebstahls trägt. A. muß also, ohne sich auf den Diebstahl berufen zu dürfen, noch ein zweites Mal die 1000 Mark beschaffen, um sie dem B. geben zu können; er und nicht B. hat dem Diebstahl nachzugehen, den Dieb zu ermitteln u. s. w.

2. Das altdeutsche Recht hat zwei Arten von Zufällen unterschieden, innere und äußere; jene entspringen dem individuellen Kreise, dessen Mittelpunkt eine der Parteien ist; diese entstammen Kreisen, welche beiden Parteien mehr oder minder fremd sind. Grundsatz ist nun, daß jede Partei für solche Zufälle einzustehen hat, die, von ihrem Standpunkt aus gesehen, „innere" sind; schöpft doch jeder Mensch aus seinem individuellen Lebenskreise all sein Glück, mag er es verdient haben oder nicht; so soll er auch das Unglück hinnehmen, das aus diesem seinem Kreise entspringt, mag es auch unverdient, mag es auch rein zufällig sein. Für „äußere" Zufälle ist dagegen keine der Parteien verant-

wortlich. — Seit der Rezeption ist dieser sinnvolle Grundsatz unseres alten Rechts im wesentlichen preisgegeben worden. Erst allmählich hat er sich wieder ein freilich immer noch sehr beschränktes Anwendungsgebiet zurückerobert.

3. In voller Strenge gilt der altdeutsche Grundsatz heutzutage nur für eine kleine Anzahl von Rechtsverhältnissen..

a) Die hierher gehörigen Fälle sind folgende: 1) Die Haftung des Binnenfrachtführers und des Seeverfrachters für Unfälle, die das von ihm angenommene Frachtgut treffen[2]); doch ist in neuester Zeit eine Ausnahme zu Gunsten des Stromfrachtführers gemacht[3]); der neue Entwurf eines Handelsgesetzbuchs will auch dem gewöhnlichen Landfrachtführer und dem Seeverfrachter die strenge Haftung erlassen und sie nur für die Eisenbahn beibehalten.[4]) 2) Die Haftung der Eisenbahn für Unfälle, welche Reisende oder andere Personen im Eisenbahnbetriebe treffen.[5]) 3) Die Haftung der Post für Unfälle, welche Postfrachtgut oder Postreisende treffen.[6]) 4) Die Haftung der Gastwirte für das von ihnen angenommene Reisegepäck.[7]) 5) Die Regel, daß der Ablauf gewisser Fristen der Partei, welcher die Frist gesetzt ist, unschädlich sein soll, wenn sie an der Einhaltung der Frist durch äußeren Zufall gehindert ist.[8])

b) Im Bereich der altdeutschen Regel steht die Partei für ihr oder ihrer Vertreter oder Gehilfen persönliches Verhalten unbedingt ein; mag die Partei, der Vertreter oder Gehilfe durch plötzliche Krankheit, durch Geschäftsandrang u. dgl. persönlich noch so sehr entschuldigt sein, — entlastet wird die Partei dadurch nicht. Auch daß die Partei unzurechnungsfähig ist und eines gesetzlichen Vertreters entbehrt, befreit sie nicht.[9]) Ebensowenig ist die Partei entlastet, wenn ein Unfall durch Mängel der von ihr angewendeten Werkzeuge herbeigeführt ist, mögen auch die Mängel selbst bei sorgfältigster Untersuchung unentdeckt geblieben sein.[10])

c) Wohl aber kann die Partei zu ihrer Entlastung sich auf äußere Zufälle[11]) oder — wie die neueren Gesetze sich in Übersetzung der römischen „vis major" ausdrücken — auf höhere Gewalt berufen. Hierher gehören z. B. Erdbeben und Überschwemmung, Raub und Diebstahl, Kriegsgefahr und gerichtliche Beschlagnahme.[12]) Doch ist dabei vorausgesetzt, daß die Partei oder ihre Gehilfen und Vertreter nicht schuldhaft gehandelt haben denn eine Gefahr, welche sie bei Anwendung gebührender Sorgfalt hätte abwehren können, ist, auch wenn sie von außen kommt, keine höhere Gewalt.

2) HGB. 395, 607. 3) RGes. v. 15. 6. 95 § 58.
4) Entw. 421, 448, 598. 5) RGes. v. 7. 6. 71 § 1.
6) RPostgesetz v. 28. 10. 71 § 6, 11.
7) Pr. LR. II, 8 § 447; sächs. Gb. 1285; RGB. 701.
8) RGB. 203, 1996. Ähnlich vorher z. B. RGes. v. 25. 10. 67 § 16; sächs. Gb. 157.
9) Ausnahme RGB. 206, 1997.
10) Ausnahme HGB. 607 Abs. 2.
11) Siehe Pr. LR. II, 8 § 447; preuß. Ges. v. 3. 11. 38 § 25.
12) Enger RPostges. 6.

d) Der Begriff der Haftung für Zufall bis zur höheren Gewalt ist übrigens sehr umstritten. Doch muß die nähere Erörterung der Streitfrage dem Handelsrecht überwiesen werden[13]); denn dort, namentlich im Gebiet des Eisenbahn- und Seerechts hat die Streitfrage ihre hauptsächlichste Bedeutung.[13])

4. In einigen anderen Fällen gilt der altdeutsche Satz, daß eine Partei für innere Zufälle einstehen müsse, wenigstens in etwas abgeschwächter Gestalt, nämlich so, daß die Haftung auf solche Zufälle beschränkt wird, welche durch das persönliche (schuldhafte oder schuldlose) Verhalten der Partei oder ihrer Vertreter oder Gehilfen verursacht sind.

a) Diese Art der Haftung ist zuerst nur ganz beschränkt anerkannt worden.[14]) Nach dem Reichsgesetzbuch greift sie namentlich Platz, wenn jemand dadurch Schaden anstiftet, daß er eine Willenserklärung abgiebt, die mangels ernstlicher Absicht nichtig ist, daß er seine Willenserklärung wegen Irrtums oder unrichtiger Übermittelung anficht, daß er Rechtsgeschäfte als Vertreter ohne Vertretungsmacht abschließt, daß er unrechtmäßig zur Selbsthilfe greift.[15])

b) In den hierher gehörigen Fällen steht die Haftung der Partei einer Haftung für „Zufall bis zur höheren Gewalt" sehr nahe. Namentlich wird die Partei auch hier durch Entschuldigungsgründe, die in ihrer oder ihrer Vertreter oder ihrer Gehilfen Person liegen, nicht befreit. Auch auf unerkennbare Mängel ihrer Werkzeuge kann sie sich nicht berufen; denn sie hat ja die Werkzeuge ausgewählt, muß sie also auch, da ein Verschulden auf ihrer Seite nicht vorausgesetzt ist, unbedingt vertreten. Nur ein Unterschied ist vorhanden: die Partei ist haftfrei, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder unzurechnungsfähig war, es sei denn, daß ihr Gewalthaber als Gehilfe oder Vertreter neben ihr oder für sie mitgewirkt hat.[16])

c) Von der Haftung für höhere Gewalt ist die Partei auch in diesen Fällen frei[17]); denn was höhere Gewalt verursacht hat, kann ebendeshalb nicht auf das Verhalten der Partei oder ihrer Gehilfen und Vertreter zurückgeführt werden.

Beispiel. A. telegraphiert dem B., er kaufe 10000 Zentner Korn zum Preise von x.; die streikenden Arbeiter des A. überfallen die Telegraphenstation und zwingen den Telegraphisten, im Telegramm den Preis auf y herabzusetzen; B. nimmt das Angebot in letzterer Gestalt an. Hier ist A., wenn er das Telegramm nicht als gültig anerkennt, nicht schadensersatzpflichtig; denn es liegt ein Fall höherer Gewalt vor.

5. Noch weiter abgeschwächt kommt die Haftung für innere Zufälle in

---

13) Siehe mein Lehrb. des Handelsrechts § 70 II; Hauptschriften: Goldschmidt, Ztsch. f. Handelsrecht 3 S. 97, 16 S. 328; Exner und Dernburg in Grünhuts Ztsch. 10 S. 495, 11 S. 334.

14) Z. B. in Pr. LR. I, 14 § 462; HGB. 55.

15) RGB. 122, 179, 231.

16) Siehe RGB. 179 Abs. 3. Vgl. aber auch oben Anm. 9.

17) Siehe Entw. II § 97 und Reichstagsvorlage § 118 verglichen mit RGB. 122.

folgender Gestalt vor: eine Partei soll für solche Zufälle einstehen, welche durch das Verschulden ihrer Vertreter oder Gehilfen herbeigeführt sind.[18])

a) Diese Regel galt in der Zeit nach der Rezeption anfänglich nur sehr beschränkt, nämlich fast nur bei der Werkverdingung, bei der sie ja (anscheinend) auch durch das römische Recht anerkannt war.[19]) Energischer ist sie bloß im französischen Recht, im Seerecht und bei Körperverletzungen auch im Reichshaftpflichtgesetz durchgeführt.[20]) Das Reichsgesetzbuch sucht jetzt zu vermitteln: es wendet die Regel auf alle Verschuldungen der Vertreter und Gehilfen an, welche vorkommen 1. beim Abschluß von Rechtsgeschäften, 2. bei der Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit, 3. bei der Abwehr eines Schadens, für welchen ein Anderer Ersatz leisten soll. Darüber hinaus lehnt das Reichsgesetzbuch die Anwendung der Regel ab.[21])

b) Die Regel begründet eine echte Haftung für Zufall. Denn sie setzt ein eignes persönliches Verschulden der Partei nicht voraus: sie gilt auch dann, wenn die Partei zur Zuziehung der Gehilfen oder Vertreter wohl berechtigt war und in der Auswahl, Anweisung, Ausstattung und Beaufsichtigung der Hilfspersonen mit aller nur denkbaren Sorgfalt verfuhr. Ja die Regel gilt sogar dann, wenn der Geschäftsherr ein Mündel ist und für ihn oder neben ihm sein Gewalthaber als Vertreter oder Gehilfe auftritt.

c) Die Regel gilt nur bei schuldhaftem Verhalten der Vertreter oder Gehilfen; richtet also ein Gehilfe schuldlos einen Schaden an, so ist der Geschäftsherr nur ersatzpflichtig, wenn ihn persönlich eine Schuld trifft[22]) oder wenn er aus einem anderen weiter greifenden Grunde für Zufall einsteht.[23])

Beispiele. 1. Die Haftung greift Platz in folgenden Fällen: a) A.s Vormund B. verkauft dem C. gefälschte Wertpapiere; A. ist unschuldig; B. hat dagegen zur Zeit des Verkaufs die Fälschung erkannt. b) L. schickt als Erbe M.s dem N. einen Spiegel welchen M. dem N. vermacht hat, durch sein Dienstmädchen zu; das Mädchen ist zuverlässig, wird auch von L. ausdrücklich zur Vorsicht vermahnt; auf dem Markt kommt es aber ins Gedränge und zerbricht den Spiegel. 2. Die Haftung greift nicht Platz: a) Die Dienstboten O.s werfen die Küchenabfälle auf das dem P. gehörige Nachbargrundstück und beschädigen damit die Beete P.s; O. weiß dies nicht und kann es auch nicht bemerken, da die Dienstboten es nur hinter seinem Rücken thun. b) Ich gebe dem Uhrmacher S. meine Uhr zum Ausbessern; S. giebt die Uhr seinem tüchtigen Gehülfen T.; T. zertrümmert die Uhr absichtlich in einem Anfall von Tobsucht.

6. Noch in einer dritten Art ist eine abgeschwächte Form der Haftung für innere Zufälle in unserem Recht anerkannt: eine unzurechnungsfähige Partei soll nämlich für solche von ihr persönlich begangene Handlungen einstehen, welche eine schuldhafte Verletzung fremder Rechte darstellen würden, wenn sie eben nicht von einem Unzurechnungsfähigen ausgingen.

---

18) Goldschmidt, Ztsch. f. Handelsr. 4 S. 559, 16 S. 287 (71); Burchardi, Verantw. d. Schuldners für seine Gehilfen (61); v. Wyß, Haftung für fremde Culpa (67).

19) Vgl. Windscheid § 401[5] einer-, Dernburg 2 § 38[8] andrerseits; Pr. LR. I, 11 § 930.

20) c. c. 1384, HGB. 451; RGes. v. 7. 6. 71 § 2.

21) RGB. 278, 254. Siehe auch RGB. 351, 353.

22) Siehe oben S. 241 Nr. 7. 23) Siehe oben S. 244 b, 245 b.

a) Nach der Rezeption findet sich dieser Satz zuerst im preußischen Landrecht, jedoch mit der doppelten Beschränkung, daß die Haftpflicht des Unzurechnungsfähigen erst in zweiter Reihe stehen, d. h. nur insoweit gelten solle, als nicht von den Eltern oder sonstigen aufsichtspflichtigen Personen Ersatz erlangt werden kann, und daß dem Unzurechnungsfähigen keinenfalls die für seinen Unterhalt erforderlichen Mittel entzogen werden dürfen.[24]) Auch das Reichsgesetzbuch bringt diesen Satz, aber mit einer neuen Beschränkung: die Haftpflicht soll nur soweit gelten, als sie nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, der Billigkeit entspricht: außerdem müssen dem Pflichtigen die Mittel zu seinem standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht belassen werden.[25]) Hiernach ist jetzt der Sinn unserer Regel der folgende. Wenn ein Unzurechnungsfähiger einen Anderen schädigt, so geht das beide Teile gleichmäßig an: jener hatte das Unglück, den Schaden anzurichten, dieser hatte das Unglück, ihn zu erleiden. So sind beide in eine Gemeinschaft des Unglücks hineingeraten — ähnlich wie Rheder, Verfrachter und Ladungsbeteiligte im Falle großer Haverei, ähnlich, wie nach älterem Rechte die Rheder zweier Schiffe, die schuldlos zusammenstoßen — und müssen als getreue Genossen nach Maßgabe ihrer „Verhältnisse" den Schaden unter sich teilen.

Beispiel. Die Geisteskranken A. B. C. sind ihrem Wärter entlaufen; D. stellt sie; eine Prügelei entsteht; ein vierter gleichfalls entsprungener Kranker E. kommt dazu, glaubt seine Kameraden angegriffen und schlägt auch drein. D. wird schwer verwundet. Er wünscht, da vom Wärter nichts zu holen ist, von den Kranken Ersatz seiner Kurkosten. Nun besitzt A. nichts; B. ist zwar vermögend, war aber früher General und braucht standesmäßig alle seine Einnahmen für sich und seine große Familie; auch E. kommt frei; denn ihm kann man sein Eingreifen überhaupt nicht übel nehmen; so muß C., der etwas Geld hat, zum Glück nur Barbier war und keine Familie besitzt, allein zahlen; doch entspricht es der Billigkeit, daß er blos $1/3$ der ganzen Rechnung ersetzt; und sollte D. reich sein oder hat er sich bei dem Streit, wenn auch nicht schuldhaft, so doch unpassend benommen, so werden wir billigerweise den C. noch weniger belasten oder ganz entlasten.

b) Die Haftpflicht Unzurechnungsfähiger wird analog auf andere ähnliche Verhältnisse auszudehnen sein: wer fremde Rechte verletzt und — ohne geradezu unzurechnungsfähig zu sein — doch lediglich wegen einer Schwäche seiner Körper- oder Geisteskräfte von dem Vorwurfe vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhaltens freikommt, wird mit Rücksicht auf die Stärke seiner Vermögenskräfte im Einzelfall zu Schadenersatz verpflichtet werden können.

7. Sehen wir von den bisher besprochenen Fällen ab, so werden innere Zufälle in unserem heutigen Recht den äußeren Zufällen gleichgestellt. Und zwar unterliegen beide Arten von Zufällen — vorbehaltlich gewisser besonderer Ausnahmen, von denen hier als die auffälligste erwähnt werden mag, daß ein Bergwerksbesitzer für jede durch den Bergbau veranlaßte Beeinträchtigung der

24) Pr. LR. I, 6 § 41.
25) RGB. 829.

Oberflächennutzung[26]), also gegebenen Falls selbst für höhere Gewalt haften muß — folgender einfacher Regel: für Zufälle steht niemand ein.[27]) Wer also einen Schaden zufällig an seiner Person oder seinem Vermögen erfahren hat, behält ihn, nicht weil er ihn verdient, nicht weil er positiv für ihn einzustehen hätte, sondern weil kein Anlaß dazu da ist, den Schaden auf die Gegenpartei abzuwälzen.

Beispiel. A. hat dem B. sein Haus, an welchem dem C. der Nießbrauch zusteht, vermietet. Der Blitz zerstört das Haus. Hier haben A. B. C. den Schaden thatsächlich alle drei erlitten, jeder freilich in sehr verschiedenem Umfange: A. ist nunmehr Eigentümer, B. Bewohner, C. Nießbraucher eines zerstörten Hauses. Und jeder behält nun auch den Teil des Schadens, den er von Anfang an erfahren: des A. Eigentum, des C. Nießbrauch bleibt entwertet und B. muß sich auf eigne Rechnung eine neue Wohnung suchen. Allerdings braucht B. auf den Rest der Mietszeit keinen Mietszins für die zerstörte Wohnung zu zahlen; allein das ist kein Ersatz seines Schadens, z. B. seiner Umzugskosten, des höheren Mietszinses, den er für die neue Wohnung zahlen muß. — Denkbar wäre es ja, daß das Gesetz diesen Fall anders behandelte, also etwa dem Hauseigentümer allein den Schaden aufbürdete oder eine Unglücksgemeinschaft der Beteiligten annehme, bei der diese nach Maßgabe ihrer Kräfte den Schaden unter sich zu verteilen hätten. Indes will unser Gesetz weder das eine noch das andere.

8. Die gesetzlichen Regeln, welche das Einstehen für Zufall betreffen, können meist rechtsgeschäftlich abgeändert werden. Namentlich die Haftung des Geschäftsherrn für seine Gehilfen und Vertreter kann beliebig verschärft oder gemildert werden; sogar die Haftung für ihr vorsätzliches Verschulden kann ihm erlassen werden.[28]) — Doch giebt es einige Rechtsverhältnisse, bei denen die gesetzlichen Regeln über die Haftung für Zufall zwingend sind, namentlich im Eisenbahnrecht.

Zusatz zu §§ 71, 72. In örtlicher und zeitlicher Beziehung kommt für alle Fragen der Verschuldung und des Zufalls grundsätzlich das Recht zur Anwendung, welches für das durch Verschuldung oder Zufall beeinflußte Rechtsverhältnis im allgemeinen maßgebend ist. Namentlich gilt für die Haftung eines Vertragsschuldners das nämliche Recht, welches auch für seine übrigen Vertragsverpflichtungen gilt. Weitere Bemerkungen s. unten in der Lehre von den unerlaubten Handlungen.

III. Zeitablauf.

1. Berechnung der Zeit.[1])

§ 73.

I. Die Zeit kann durch einfachen Hinweis auf den Kalender — sei es auf einzelne Kalendertage, sei es auf die im Kalender angegebenen größeren

---

26) Preuß. Bergges. v. 24. 6. 65 § 148.

27) Siehe auch RGB. 279 (unten § 98 II). 28) RGB. 278.

1) Hölder, Theorie der Zeitrechnung (73); Brinz, über die Zeit im Recht (82); Bilfinger, d. bürgerliche Tag (88).

Zeiträume (Kalendermonate, Kalendervierteljahre u. s. w.) bestimmt werden: z. B. eine Zahlung ist zu leisten am 5. Mai 1895, am zweiten Montage im Mai 1895, im Laufe des Mai 1895. Der Sinn derartiger Bestimmungen ist unserem, dem gregorianischen, Kalender, unter Zugrundelegung der mitteleuropäischen Tageszeit [2]), zu entnehmen.

Auf den Kalender weisen auch solche Zeitbestimmungen hin wie: Johanni, Georgen; was sie bedeuten, ist nach der Ortssitte zu entscheiden; so bezeichnet Johanni bald den 24. Juni, bald den 1. Juli. — Unter Mitte eines Monats ist immer der 15. zu verstehen (RGB. 192). — „Schalttag" ist der 29. Februar. [3])

II. Im Gegensatze zu der Rechnung mit Kalenderzeit steht die Rechnung mit beweglicher Zeit, z. B. mit Wochen, die an einem Dienstag oder Freitag, mit Monaten, die an einem 5. oder 29. beginnen. Die Rechnung mit beweglicher Zeit hat sehr gewechselt. Jetzt stellt das Reichsgesetzbuch — fast durchweg im Anschluß an die älteren Regeln der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuchs — für alle in Gesetzen, richterlichen Verfügungen oder Rechtsgeschäften enthaltenen Zeitangaben folgende Regeln auf.

1. Erster Fall: als Anfang einer Frist ist der Beginn eines Tages angegeben. [4])

a) Alsdann muß, wenn von diesem Anfang an die Frist nach Tagen bestimmt ist, der Anfangstag bei der Berechnung der Frist mitgezählt werden.

b) Ist die Frist nach Wochen bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, welcher dem Tage vorhergeht, der den gleichen Wochentagsnamen hat, wie der Anfangstag.

c) Ist die Frist nach Monaten, Viertel- oder Halbjahren oder ganzen Jahren bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine kalendermäßige Zahl dem Anfangstermin der Frist entspricht; fehlt in dem Schlußmonat ein Tag mit entsprechender Zahl, so endigt die Frist mit dem Ablauf des letzten Tages des Schlußmonats. Darauf, daß die Monate und in geringerem Maß auch die Jahre verschieden lang sind, wird also keine Rücksicht genommen.

2. Zweiter Fall: als Anfang der Frist ist nicht der Beginn eines Tages, ondern ein mitten in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt — z. B. eine bestimmte Tagesstunde oder die Zeit, zu der irgend ein Ereignis vor sich gegangen ist oder vor sich gehen wird — angegeben. Dann wird die Fristberechnung genau mit diesem Zeitpunkt begonnen. Aber sie wird nicht genau mit dem entsprechenden Zeitpunkte des Schlußtages abgeschlossen. Der Schlußtag wird vielmehr als unteilbar behandelt. Die Frist endigt deshalb entweder mit dem Beginn oder mit dem Ablauf des Schlußtages. Ersteres gilt nur bei der Berechnung des Lebensalters [5]); wer z. B. am 5. Mai 1900

2) RGes. v. 12. 3. 93.
3) Bekker 2 S. 34.
4) RGB. 187, 188.
5) RGB. 187 Abs. 2.

abends 11 Uhr geboren ist, wird volljährig schon um die Mitternachtsstunde, mit der der 5. Mai 1921 beginnt, obwohl ihm noch 23 Stunden an vollen 21 Jahren fehlen. Letzteres gilt bei allen anderen Fristen[6]), nach Maßgabe folgender näherer Regeln.

a) Ist die Frist nach Tagen bestimmt, so gehört der Anfangstag (von dem entscheidenden Zeitpunkt ab) mit zur Frist; wenn z. B. einem Schuldner eine dreitägige Lieferfrist von Montag Mittag an zusteht, so darf er schon Montag Nachmittag liefern; trotzdem wird der Anfangstag bei der Berechnung der Frist nicht mit gezählt.

b) Ist die Frist nach Wochen bestimmt, so endigt sie mit dem Ablaufe des Tages der letzten Woche, der den gleichen Wochentagsnamen hat, wie der Anfangstag.

c) Ist die Frist nach Monaten, Vierteljahren u. s. w. bestimmt, so endigt sie mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der durch seine kalendermäßige Zahl dem Anfangstermin der Frist entspricht; fehlt im Schlußmonat ein Tag mit entsprechender Zahl, so endigt die Frist mit dem Ablauf des letzten Tages des Schlußmonats.

Beispiele. Die Frist beginnt Mittwoch den 30. September 1896; sie beträgt 3 Tage — zwei Wochen — einen Monat — 5 Monat — 6 Jahre. Dann endigt sie, jenachdem der Fristanfang auf den Beginn des 30. September oder einen mitten in diesen Tag fallenden Zeitpunkt gelegt ist: am 2. oder am 3. Oktober 1896, am Dienstag dem 13. oder am Mittwoch dem 14. Oktober 1896, am 29. oder am 30. Oktober 1896, am 28. Februar 1897, am 29. oder am 30. September 1902.

3. Dritter Fall: als Anfang einer Frist ist schlechthin ein bestimmter Tag angegeben, ohne daß gesagt wird, ob die Frist mit dem Beginn des Tages oder mit einem in den Lauf des Tages fallenden Zeitpunkt oder gar erst mit dem Ende des Tages anfangen soll. Alsdann ist im Zweifel die Frist vom Beginn des Tages ab unter Anwendung der oben zu 1. bezeichneten Rechnungsart zu bestimmen; ein dreijähriger Mietsvertrag vom 1. Oktober 1900 ab endigt also schon am 30. September 1903. Nur wenn „heute" als Anfangstag bestimmt wird, ist dies im Zweifel dahin zu verstehen, daß die Frist mit dem Augenblick in dem die Bestimmung getroffen wird, also mitten im heutigen Tage beginnen soll; es ist demgemäß die oben zu 2. bezeichnete Rechnungsart anzuwenden: ein Darlehn also, welches von heute, Montag, ab in drei Tagen zurückzuzahlen ist, muß am Donnerstag zurückgezahlt werden; hiernach ist „von heute ab" gleichbedeutend mit „von morgen ab".

4. Ergänzend ist noch folgendes zu bemerken:

a) Eine nach Stunden bemessene Frist ist genau von Augenblick zu Augenblick zu rechnen; „24 Stunden" ist also nicht gleichbedeutend mit „ein Tag"; beginnt z. B. die Frist Mittwoch um 3 Uhr, so endigt eine vierundzwanzigstündige Frist Donnerstag um 3 Uhr, eine eintägige Donnerstag um Mitternacht.

---

6) RGB. 186, 187.

b) Eine Frist von acht Tagen ist, wenn die Berechnungsart zu 1 Platz greift, = 8, wenn die Berechnungsart zu 2 Platz greift, = 7 Tagen anzusetzen.[7]) Dies entspricht unserer Verkehrssitte.

c) Ein halber Monat beträgt 15 Tage; ist eine Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen;[8]) so endigt eine Frist von $2\frac{1}{2}$ Monat, die am 28. oder 31. Dezember 1897 beginnt, am 15. März 1898.

d) Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht — z. B. ein Geschäftsreisender soll mindestens 10 Monate im Jahre auf Reisen sein, — so ist der Monat = 30 Tagen, das Jahr = 365 Tagen anzusetzen.[9]) — Bei der Berechnung rechtsgeschäftlicher Zinsen wird im gewerblichen Verkehr das Jahr = 360 Tagen angesetzt.

e) Im älteren Recht kam sehr oft eine Frist von Jahr und Tag vor. Sie bedeutete, ähnlich wie die Frist von 8 Tagen, den Anfangstag der Frist und außerdem ein volles Jahr. Später ist im sächsischen Rechtsgebiete die Frist auf 1 Jahr 6 Wochen 3 Tagen festgesetzt. Jetzt gilt diese Frist nur noch sehr selten, z. B. im sächsischen Lehnrecht.[10])

f) Im Falle der Verlängerung einer Frist ist die neue Frist nicht vom Tage, an dem die Verlängerung bewilligt ist, sondern erst vom Ablauf der alten Frist zu berechnen.[11])

III. Gemeinsam für die kalendermäßigen und die beweglichen Fristen gelten folgende Regeln.

a) Ist an einem bestimmten Tage („Termin") eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der Tag auf einen Sonntag oder einen anderen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Feiertags der nächstfolgende Werktag.[12])

b) Die gleiche Regel gilt, wenn die Erklärung oder Leistung binnen einer bestimmten Frist zu bewirken ist und der letzte Tag der Frist auf einen Feiertag fällt; die Frist wird alsdann, während sie nach den meisten bisher geltenden Gesetzen[13]) bis zum nächsten vorhergehenden Werktage verkürzt wurde, bis zum nächstfolgenden Werktage verlängert.[14])

c) Gleichgültig ist es dagegen, ob ein Feiertag den Anfang einer Frist bildet oder mitten in die Frist hineinfällt; so endigt eine dreitägige Frist, die mit dem 25. Dezember 1898 beginnt, am 27. dieses Monats, obschon sie zu $\frac{2}{3}$ aus Feiertagen besteht.

d) Darauf, ob die beteiligten Parteien durch Krankheit, Ausbruch eines Krieges u. dgl. verhindert waren, am Termin oder innerhalb der Frist die Willenserklärung abzugeben oder die Leistung zu bewirken, kommt es nicht an.

IV. Alle vorstehend entwickelten Regeln gelten aber nur ergänzend, also nur, wenn nicht Gesetz, gerichtliche Verfügung oder Rechtsgeschäft ein Anderes bestimmt. Und derartige abweichende Bestimmungen kommen sehr oft. Namentlich die zuletzt genannte Regel (III d) muß viele Ausnahmen erleiden.

---

7) Anders HGB. 328. Das RGB. schweigt über die Frage.

8) RGB. 189. 9) RGB. 191.

10) Stobbe 1 § 68, Nr. I, 2; Fockema-Andreä, Ztschr. der Savignystiftung, germ. Abth. 14 S. 75.

11) RGB. 190. 12) RGB. 193.

13) HGB. 330 Abs. 2. 14) RGB. 193.

2. Rechtliche Wirkung der Zeit.

a) Verjährung.[1])

§ 74.

I. Geschichtliches. Schon in ältester Zeit[2]) galt die Regel, daß gewisse Rechte verloren gehen, wenn der Berechtigte sie nicht innerhalb gesetzlicher Frist ausübt; man sagte alsdann, der Berechtigte habe sich an seinem Rechte verschwiegen. Die Frist betrug meistens Jahr und Tag[3]); sie wurde der Regel nach nur durch eine formelle Ausübung des Rechts, z. B. durch eine Erklärung vor Gericht unterbrochen; gegen Minderjährige und solche Personen, die durch „echte Not" an der Ausübung ihres Rechts verhindert waren, lief die Frist nicht. Doch galt die Verschweigung nur für einzelne freilich sehr wichtige Rechtsverhältnisse, z. B. die Erbfolge in Lehen, die Beispruchs- und Näherrechte, manche Schuldforderungen; allgemeingültig war sie nicht. Sie erschien in zwei Hauptformen. Die eine Form setzte ein gerichtliches Aufgebot voraus; das Gericht (oder eine andere zuständige Behörde) mußte die Beteiligten ausdrücklich öffentlich auffordern, ihre etwaigen Rechte binnen der Verschweigungsfrist geltend zu machen; regelmäßig wurden die Beteiligten dabei auf die Gefahr der Verschweigung besonders hingewiesen; es wurde ihnen bei Versäumnis der Frist der Ausschluß ihrer Rechte angedroht; diese Form wurde namentlich bei der Auflassung von Grundstücken angewendet. Die zweite Form schrieb eine derartige öffentliche Aufforderung der Beteiligten nicht vor; hier trat die Verschweigung von Rechtswegen ein. — Seit der Rezeption ist die Verschweigung (bis auf einige Überreste, die sich z. B. im Lehnrecht finden) allmählich verschwunden. Die erste der oben genannten Formen ist durch das neuere Aufgebotsverfahren verdrängt;[4]) dies ist von der Verschweigung vor allem deshalb zu trennen, weil es einen ausnahmsweisen Charakter trägt und nur in außerordentlichen Fällen, gewissermaßen als Notbehelf Platz greift, während das altdeutsche Aufgebot der Beteiligten selbst die gewöhnlichsten Grundstücksveräußerungen begleitete. Die zweite Form der Verschweigung ist dagegen durch die römische Klagverjährung verdrängt; diese unterscheidet sich von der Verschweigung namentlich dadurch, daß sie mit einer gewissen Gleichmäßigkeit, wenige Ausnahmen vorbehalten, alle Rechte ergreift. — Im folgenden ist vom Aufgebotsverfahren nicht weiter zu handeln, da bei ihm die privatrechtlichen Regeln durch die formellen, prozessualen in den Hintergrund

---

1) Unterholzner, Verjährungslehre (2. Aufl. 58); Grawein, Verjährung u. gesetzliche Befristung (80); Eisele, Jahrb. f. Dogm. 31 S. 379 (92).

2) Heusler 2 S. 46, 86, 105; Stobbe 1 § 68; Gierke, D. Pr.R. 35 III; A. Schmidt, Echte Not (88).

3) Siehe oben S. 251[10].

4) Gierke, D. Pr.R. § 35[19].

gedrängt werden. Vielmehr wird nur von der Verjährung, wie sie im Anschluß an das römische Recht im Reichsgesetzbuch ausgebildet ist, die Rede sein.

II. Die Verjährung bedeutet, daß Rechte, wenn sie eine bestimmte Zeit hindurch nicht ausgeübt werden, an Kraft verlieren. Damit soll nicht etwa der Berechtigte für die Mißachtung seiner Rechte gestraft werden; denn die Verjährung greift selbst dann Platz, wenn jener seine Säumnis zu rechtfertigen vermag: der ursprüngliche Gläubiger ist z. B. gleich nach Entstehung der Forderung plötzlich gestorben und sein Erbe hat keine Möglichkeit gehabt, von der Forderung Kenntnis zu bekommen. Vielmehr soll die Verjährung die Interessen des Verpflichteten schützen. Denn diesem wird die Verteidigung um so mehr erschwert, je später der Gegner mit seinem angeblichen Rechte hervortritt; ursprünglich konnte er vielleicht den trügerischen Beweis, welchen der Gegner für sein Recht darzubieten in der Lage ist, durch Gegenbeweise (Gegenurkunden, Gegenzeugen, Augenschein) widerlegen; oder er konnte Einwendungen vorbringen: er hatte z. B. bezahlt, ihm stand eine Gegenforderung zu; jetzt hat die Zeit seine Verteidigungsmittel geschwächt oder zerstört. Auch wirkt die Verjährung wirtschaftlich günstig ein; denn unklare, streitige Rechtsverhältnisse sind für alle Beteiligten vom Übel; die Verjährung nötigt nun den Berechtigten, die Klarstellung seiner Ansprüche zu beschleunigen. Beide Erwägungen zusammen rechtfertigen nicht bloß die Verjährung überhaupt, sondern sprechen insbesondere für möglichste Kürze der Verjährungsfristen. Sie rechtfertigen auch die Regel, daß die Parteien nicht im voraus auf die Verjährung ganz verzichten oder die Verjährung auch nur erschweren dürfen [5]), während ihnen eine Erleichterung der Verjährung unbenommen ist.

III. Die Verjährung ergreift alle Rechte, [6]) absolute wie relative, dingliche und obligatorische, Rechte an Personen und an Gütern. Doch giebt es einige Ausnahmen. Unverjährbar sind nämlich folgende Rechte.

1. Die Rechte, welche auf familienrechtlichen Verhältnissen beruhen, insoweit als sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet sind. [7])

So kann z. B. ein verarmter Vater von seinen wohlhabenden Kindern die Gewährung standesmäßigen Unterhalts für die Zukunft fordern, auch wenn er dies Recht auszuüben sich 40 Jahre lang geschämt hat. Dagegen verjährt sein Recht auf rückständigen Unterhalt schon dann, wenn er es 4 Jahre lang nicht geltend macht. [8]) — Siehe übrigens auch die praktisch wichtigere Regel unten VII, 2.

2. Rechte, die in das Grundbuch eingetragen sind, es sei denn, daß sie auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadenersatz gehen. [9])

---

5) RGB. 225; ähnlich c. c. 2220. Abw. Pr. LR. I, 9 § 565. Ausnahme RGB. 477, 490.

6) RGB. 194 Abs. 1.

7) RGB. 194 Abs. 2.

8) Siehe RGB. 1601, 1613, 197. 9) RGB. 902.

3. Das Recht, zwecks Berichtigung falscher Angaben des Grundbuchs die erforderliche Zustimmungserklärung der Gegeninteressenten zu fordern. [10])

4. Gewisse Ansprüche aus dem Nachbarrecht. [11])

5. Der Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft. [12])

6. Weitere Ausnahmen kann das Landesrecht auf dem Gebiet der vorbehaltenen Materien treffen. [13])

IV. 1. Die Verjährung war bei den Römern keine Verjährung des Rechts, sondern der aus dem Recht entspringenden actio. Während nun das preußische Landrecht diese Regel preisgab und die Verjährung unmittelbar auf das Recht bezog [14]), haben die übrigen neueren Gesetze sich an die römische Regel anzuschließen gesucht, und zwar das französische und das sächsische [15]), indem sie von einer Verjährung der „Klagen" sprechen, das Reichsgesetzbuch, indem es von einer Verjährung der Ansprüche [16]), die aus dem Recht entspringen, redet.

2. „Anspruch" ist das Recht in seiner Beziehung auf eine bestimmte Person, die dem Rechte als Verpflichteter gegenübersteht. [17])

a) Daraus folgt, daß jedes absolute Recht eine ungezählte Menge von Ansprüchen darstellt. Denn es geht gegen jedermann, enthält also Ansprüche gegen jedermann.

So giebt z. B. das Recht, über ein fremdes Grundstück zu gehen, einen Anspruch darauf, daß jede Störung des Berechtigten in Ausübung seines Wegerechtes unterlassen werde, nicht blos gegen den Grundstückseigentümer, sondern auch gegen dessen Pächter, gegen dessen Knechte, gegen dessen Gäste, kurz gegen jedermann; das Wegerecht insgesamt ist also mit keinem einzelnen dieser Ansprüche identisch, sondern ist gleich der Summe aller dieser Ansprüche.

b) Dagegen ist bei den relativen Rechten der Unterschied zwischen Recht und Anspruch minder groß. Doch tritt er auch bei ihnen namentlich dann hervor, wenn das Recht gegen eine Mehrheit Verpflichteter geht, indem es in soviel Ansprüche zerfällt, als Verpflichtete da sind.

3. Der Sinn der Regel, daß die Verjährung nicht das „Recht", sondern den „Anspruch" des Berechtigten trifft, ist einfach dieser: die Verjährung wirkt nur relativ. Die Verjährung trifft also ein absolutes Recht niemals als Ganzes, sondern nur in der Beziehung des Rechtsinhabers zu einem bestimmten Verpflichteten; und bei relativen Rechten, die gegen mehrere Schuldner gehen, trifft sie gleichfalls immer nur die Beziehung des Rechtsinhabers zu einem dieser Schuldner.

Beispiel. Dem A. ist vom B. ein Ring gestohlen; A. entdeckt den Dieb nicht; 30 Jahre vergehen; A.s Eigentumsanspruch gegen B., auf Rückgabe des Ringes gerichtet, ist verjährt.

---

10) RGB. 898. 11) RGB. 924. 12) RGB. 758.

13) Z. B. II F. 55 pr. bezüglich der actio feudi revocatoria.

14) Pr. LR. I, 9 § 501.

15) c. c. 2262; sächs. Gb. 150.

16) Nach dem Vorgang Windscheids § 43, 106.

17) Siehe RGB. 194 Abs. 1.

Da geschieht es, daß der Ring auch dem B. gestohlen wird, durch C., und nach abermals 20 Jahren findet A. den Ring bei dem Diebe zweiter Hand. Jetzt kann A. dem C. den Ring abfordern; denn sein Eigentumsanspruch gegen C. ist noch unverjährt.

4. Verjähren auch die einer Partei zustehenden Verteidigungsmittel?

a) Die Frage ist zu bejahen, sofern als Verteidigungsmittel ein „Anspruch" verwendet wird: ein verjährter Anspruch ist also zur Verteidigung ebenso ungeschickt wie zum Angriff. Demgemäß kann der Beklagte der Klagforderung gegenüber nicht mit einer verjährten Gegenforderung aufrechnen; der auf Bezahlung des Kaufpreises belangte Käufer kann den eingeklagten Kaufpreis nicht wegen eines Mangels der gekauften Sache kürzen, wenn er seinen Preisminderungsanspruch hat verjähren lassen u. s. w.

b) Die Frage ist zu bejahen, sofern die Verteidigung nicht auf Grund eines „Anspruchs" geführt wird;[18]) so beruht z. B. der Einwand der Simulation, des Irrtums, des Betruges nicht auf einem Anspruche dessen, der den Einwand erhebt; er unterliegt deshalb auch keiner Verjährung.

V. Dauer der Verjährungsfrist.

Das gemeine Recht hatte nach Vorgang des römischen die Verjährungsfrist regelmäßig auf dreißig Jahre festgesetzt, kannte daneben aber auch kürzere und längere Fristen. Hieran knüpften auch die jüngeren deutschen Gesetze an, nur daß sie die kurzen Verjährungsfristen immer mehr begünstigten; vorbildlich war hier namentlich der code civil 2271 f. und vor allem das preußische Gesetz vom 31. März 1838. Das Reichsgesetzbuch trifft jetzt, im Anschluß an das letztere Gesetz, folgende Bestimmungen.

1. Eine zweijährige Frist[19]) gilt für die im täglichen Leben am häufigsten vorkommenden Ansprüche, namentlich:

a) für die Ansprüche der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker, Kunstgewerbtreibenden auf Bezahlung der von ihnen gelieferten Waren und der von ihnen geleisteten Arbeiten sowie auf Erstattung ihrer Auslagen; jedoch gilt eine wichtige Beschränkung: die Leistung darf nicht für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt sein;

b) für die Ansprüche der Land- und Forstwirte auf Bezahlung der von ihnen gelieferten land- und forstwirtschaftlichen Erzeugnisse; doch gilt auch hier eine Beschränkung, die sogar noch weiter geht als die zu a: es muß positiv feststehen, daß die Lieferung zur Verwendung im Haushalt des Schuldners erfolgt ist;

c) für die Ansprüche der privaten oder gewerblichen Diener, Arbeiter, Gesellen, Gehilfen u. s. w. auf ihre Löhne und sonstigen dienstlichen Bezüge sowie auf die Erstattung ihrer Auslagen.

---

18) Über diese gekünstelte Unterscheidung s. Motive 1 S. 291.
19) RGB. 196.

Die ebengenannten Beispiele, von denen übrigens das zweite dem preußischen Gesetz von 1838 noch nicht bekannt war, sind in Nr. 1, 2, 8, 9, RGB. 196 verzeichnet. Außerdem sind dort noch genannt die Ansprüche:

3. der Eisenbahnen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Lohnkutscher und Boten wegen des Fahrgeldes, der Fracht, des Fuhr- und Botenlohns, mit Einschluß der Auslagen;

4. der Gastwirte und derjenigen, welche Speisen oder Getränke gewerbsmäßig verabreichen, für Gewährung von Wohnung und Beköstigung sowie für andere den Gästen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen;

5. derjenigen, welche Lotterielose vertreiben, aus dem Vertriebe der Lose, es sei denn, daß die Lose zum Weitervertriebe geliefert werden;

6. derjenigen, welche bewegliche Sachen gewerbsmäßig vermieten, wegen des Mietzinses;

7. derjenigen, welche, ohne zu den Kaufleuten, Fabrikanten, Handwerkern oder Kunstgewerbtreibenden zu gehören, die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten gewerbsmäßig betreiben (z. B. der Dienstmänner, Waschfrauen, Lohndiener), wegen der ihnen aus dem Gewerbebetriebe gebührenden Vergütungen, mit Einschluß der Auslagen;

10. der Lehrherren und Lehrmeister wegen des Lehrgeldes und anderer im Lehrvertrage vereinbarter Leistungen sowie wegen der für die Lehrlinge bestrittenen Auslagen;

11. der öffentlichen Anstalten, welche dem Unterrichte, der Erziehung, Verpflegung oder Heilung dienen, sowie der Inhaber von Privatanstalten solcher Art für Gewährung von Unterricht, Verpflegung oder Heilung und für die damit zusammenhängenden Aufwendungen;

12. derjenigen, welche Personen zur Verpflegung oder zur Erziehung aufnehmen, für Leistungen und Aufwendungen der in Nr. 11 bezeichneten Art;

13. der öffentlichen Lehrer und der Privatlehrer wegen ihrer Honorare, die Ansprüche der öffentlichen Lehrer jedoch nicht, wenn sie auf Grund besonderer Einrichtungen gestundet sind;

14. der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Hebammen für ihre Dienstleistungen, mit Einschluß der Auslagen;

15. der Rechtsanwälte, Notare und Gerichtsvollzieher sowie aller Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind (z. B. der Wiegemeister, Fleischbeschauer, Versteigerer), wegen ihrer Gebühren und Auslagen, soweit nicht diese zur Staatskasse fließen;

16. der Parteien wegen der ihren Rechtsanwälten geleisteten Vorschüsse;

17. der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen.

2. Eine dreijährige Frist gilt für Ansprüche aus unerlaubten Handlungen; die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat. Längstens soll aber die Frist dreißig Jahr seit Begehung der Handlung betragen, ohne Rücksicht darauf, wann der Schade entstanden oder die Person des Ersatzpflichtigen bekannt geworden. — Die Regel gilt nur für den Anspruch auf Schadensersatz, nicht aber für den auf Herausgabe der Bereicherung, auf fernere Unterlassung der unerlaubten Handlung [20]) u. s. w.

3. Eine vierjährige Frist [21]) gilt

a) nach Vorgang des preußischen Gesetzes von 1838 für Ansprüche auf Rückstände von regelmäßig wiederkehrenden Leistungen, z. B. von gesetzlichen oder [22]) vertragsmäßigen Zinsen (einschließlich der Zuschläge zwecks allmählicher Tilgung des Kapitals), von Miets- und Pachtzinsen, von Besoldungen, Renten, Unterhaltsbeiträgen u. s. w.; ausgenommen sind nur [23])

20) RGB. 852. Ähnlich preuß. LR. I, 6 § 54. 21) RGB. 196 Abs. 2, 197.
22) Abw. Preuß. Ges. v. 1838 § 2 Nr. 5.
23) Und außerdem die Ansprüche aus RGB. 196 Nr. 6.

solche Rückstände, die nach der Regel zu 1 schon in zwei Jahren verjähren, z. B. rückständige Arbeiter- und Gesindelöhne;

b) nach einer zuerst durch das Reichsgesetzbuch eingeführten Regel für Ansprüche der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker, Kunstgewerbtreibenden auf Bezahlung ihrer Waren und Arbeiten und Erstattung ihrer Auslagen, wenn die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgte; desgleichen für Ansprüche der Land- und Forstwirte auf Bezahlung ihrer Erzeugnisse, wenn die Lieferung nicht zur Verwendung im Haushalt des Schuldners geschah. [24])

4. Andere Fristen haben nur eine beschränkte Wichtigkeit für einzelne bestimmte Rechtsverhältnisse, z. B. die Frist von sechs Wochen für den Viehhandel, die von sechs Monaten für den Kauf, die Werkverdingung, die Sachmiete, die von drei Monaten für den Wechsel, von ein, zwei oder fünf Jahren für das Seerecht. [25])

5. Findet keine der vorher genannten oder durch ein anderweites Gesetz besonders festgestellten Verjährungsfristen Anwendung, so ist die Frist dreißigjährig. [26]) Diese Frist gilt z. B. für den Eigentumsanspruch auf Rückgabe einer beweglichen Sache, für den Anspruch des Verkäufers eines Grundstücks auf Zahlung des Kaufpreises, für den Anspruch des Darlehnsgläubigers auf Rückzahlung des Kapitals, für den Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Außerdem verjähren alle Ansprüche, mag auch im übrigen ihre Verjährungsfrist kürzer sein, in dreißig Jahren, wenn sie durch ein rechtskräftiges Urteil oder eine vollstreckbare Urkunde oder wenn sie konkursmäßig festgestellt sind; nur bei regelmäßig wiederkehrenden, erst nach der Feststellung fälligen Leistungen bleibt es bei der zwei- oder vierjährigen Frist. [27])

6. Eine Frist, die länger als dreißig Jahre währt, kennt das Reichsgesetzbuch nicht.

Für sämtliche Verjährungsfristen, kurze oder lange, gemeinsam gilt die Regel, daß die Fristdauer durch einen Wechsel in der Person des Anspruchsinhabers und des Verpflichteten nicht verlängert wird, sondern daß der neue Anspruchsinhaber sich die Anrechnung des bereits gegen seinen Vormann abgelaufenen Teiles der Frist gefallen lassen muß, wie umgekehrt auch der neue Verpflichtete sich auf die bereits zu Gunsten seines Vormannes abgelaufene Teilfrist berufen darf. Das ist wichtig im Falle der Abtretung eines Anspruchs, im Falle einer Erbfolge, im Falle der Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts „mit Aktiven und Passiven" u. s. w. — Diese Regel gilt auch für dingliche Ansprüche; hier wird sie sogar dahin verstärkt, daß, wenn der Gegenstand des Anspruchs durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten gelangt, die während des Besitzes des Vormannes verstrichene Teil-

24) Siehe auch noch RGB. 196 Nr. 5, 13 in Verbindung mit RGB. 196 Abs. 2.
25) RGB. 490, 477, 639, 558, Wechselordn. 78, HGB. 906 flg. u. s. w.
26) RGB. 195.
27) RGB. 218, siehe auch RGB. 219, 220 Abs. 1.

frist dem Nachmanne zu statten kommt, obschon hier nicht eigentlich die Person des Verpflichteten gewechselt, der Anspruch dagegen geblieben, vielmehr gegen den Nachmann ein neuer selbständiger Anspruch entstanden ist.[28])

So läuft z. B., wenn eine Sache 1900 gestohlen, dann 1901 vom Diebe an einen Hehler, 1925 vom Hehler an einen redlichen Dritten veräußert wird, die Verjährung 1930 ab.

VI. Beginn der Verjährung.

Leitende Regel ist, daß ein Anspruch zu verjähren beginnt, sobald er entstanden ist:[29]) Anfang des Anspruchs und Anfang der Verjährung fällt zusammen. Es ist also nicht erforderlich, daß der Anspruch vom Verpflichteten bestritten oder thatsächlich verletzt ist; vielmehr verjährt z. B. beim Verwahrungsvertrage der Anspruch des Hinterlegers auf Rückgabe der Sache von dem Augenblick ab, wo der Hinterleger die Sache dem Verwahrer gegeben hat; denn der Hinterleger ist ja zweifellos befugt, die eben weggegebene Sache sofort zurückzufordern. Es ist weiter nicht erforderlich, daß der Berechtigte in der Lage war, seinen Anspruch zu kennen; deshalb verjährt der Eigentumsanspruch des bestohlenen Eigentümers von dem Augenblick des Diebstahls ab, mag auch der Diebstahl noch nicht entdeckt, geschweige denn die Person des Diebes oder der Verbleib der gestohlenen Sachen bekannt sein. Auch darauf, ob der Berechtigte thatsächlich den Anspruch geltend zu machen vermochte, kommt es nicht an; so beginnt z. B. die Verjährung auch dann, wenn der Berechtigte geisteskrank ist und eines Vormundes entbehrt oder wenn der Verpflichtete bettelarm ist und die Ausübung des Rechts gegen ihn zur Zeit keinen Zweck hat. — Dagegen beginnt die Verjährung bei aufschiebend befristeten oder aufschiebend bedingten Ansprüchen erst dann, wenn die Frist abgelaufen oder die Bedingung erfüllt ist; denn vorher sind die Ansprüche eben noch nicht entstanden.

Vorher hat freilich der Gläubiger bereits ein Vor-Recht. Soweit schon aus diesem Vor-Recht ein Anspruch, z. B. auf Sicherheitsleistung entspringt, kann auch dessen Verjährung bereits früher beginnen.

Die also formulierte leitende Regel erleidet aber sehr weittragende Ausnahmen.

1. Zunächst beginnt in einigen Fällen ein Anspruch früher zu verjähren, als er entstanden ist.

a) So zunächst in zwei Fällen, bei denen es von der freien Willkür des Berechtigten abhängt, den Anspruch früher zur Entstehung zu bringen: der Anspruch beginnt in diesen beiden Fällen zu verjähren, sobald der Berechtigte ihn begründen konnte, mag er ihn auch thatsächlich noch nicht begründet haben. Die Fälle sind folgende:

α) Der Anspruch des Berechtigten war noch nicht entstanden, weil er noch befristet war; der Berechtigte konnte aber die Frist durch eine Kündigung

---

28) RGB. 221. 29) RGB. 198 Satz 1.

zu Ende bringen. Dann beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt, von welchem an die Kündigung zulässig ist; hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer dieser Frist hinausgeschoben.[30])

β) Der Anspruch ist noch nicht entstanden, weil ihm ein bestimmtes Rechtsverhältnis entgegensteht; der Berechtigte kann aber dies Rechtsverhältnis durch Anfechtung beseitigen. Dann beginnt der Anspruch zu verjähren, sobald die Anfechtung zulässig ist (es sei denn, daß sie sich auf ein familienrechtliches Rechtsverhältnis bezieht); gleichgültig ist, ob der Berechtigte den Anfechtungsgrund gekannt hat oder nicht.[31])

Beispiel. A. kann ein seinem Bruder B. gegebenes unverzinsliches Darlehn nur mit sechsmonatiger Kündigung zurückfordern; die Kündigung ist nicht vor dem 1. Juli 1903 zulässig. Beginn der Verjährung am 2. Januar 1906[32]); wenn A. thatsächlich aus Gutmütigkeit erst 1937 kündigt, so ist sein Anspruch, ehe er entstand, bereits verjährt. — Im Jahre 1900 nimmt A. die B., weil er sie auf Grund ihrer Angaben für das uneheliche Kind seiner verstorbenen Schwester hält, an Kindesstatt an, macht ihr eine Schenkung und, als sie sich 1901 verheiratet, stattet er sie auch pflichtmäßig aus; 1929 entdeckt er, daß die B. ihn betrogen hat, ficht die Annahme an Kindesstatt und die Schenkung an und fordert Schenkung und Ausstattung zurück. Der Anspruch auf Rückgabe der Schenkung verjährt 1930, der auf Rückgabe der Ausstattung erst 1959.

Übrigens darf der Grundsatz, daß ein noch nicht entstandener Anspruch schon zu verjähren beginnt, wenn es nur in der Rechtsmacht des Berechtigten liegt, ihn zur Entstehung zu bringen, über die beiden eben besprochenen Ausnahmefälle hinaus nicht verallgemeinert werden. So verjähren z. B. die Ansprüche, welche eine Vertragspartei für den Fall hat, daß sie vom Vertrage zurücktritt, erst von dem Augenblicke ab, da sie den Rücktritt wirklich erklärt, nicht schon von dem Augenblick, da sie den Rücktritt zu erklären befugt war.

b) Ein fernerer Fall, wo die Verjährung eines Anspruchs schon zu einer Zeit beginnt, da der Anspruch noch gar nicht entstanden, liegt bei der dreißigjährigen Verjährung der Schadenersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen vor: wie bereits erwähnt, beginnt diese Verjährung, sobald die Handlung begangen ist,[33]) mag auch der Schade, welchen die Handlung mit sich bringt, erst später entstehen.

2. Umgekehrt: in manchen Fällen beginnt der Anspruch erst später zu verjähren, als er entstanden ist.

a) Die zwei- und vierjährige Frist (oben S. 255 ff.) beginnt nicht mit dem nach der allgemeinen Regel oder nach der Ausnahmeregel zu 1 a maßgebenden Zeitpunkte, sondern erst mit dem Schluß des Jahres, in welchem dieser Zeitpunkt fällt.[34])

---

30) RGB. 199. 31) RGB. 200.

32) Wegen RGB. 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193.

33) RGB. 852. 34) RGB. 201.

Somit läuft bei sämtlichen Warenlieferungen, die ein Kaufmann vom 1. Januar bis 31. Dezember 1900 macht, die Verjährung an zwei Tagen ab, nämlich am 31. Dezember 1904 gegenüber den Käufern, welche die Waren für ihren Gewerbebetrieb bestellt haben, am 31. Dezember 1902 gegenüber allen anderen Käufern.

b) Die dreijährige Verjährung des Schadenersatzanspruches aus unerlaubten Handlungen beginnt, wie schon erwähnt, erst, wenn der Berechtigte seinen Anspruch kennt.[35])

c) Alle Ansprüche, die auf ein bloßes Unterlassen gehen, beginnen nicht schon zu verjähren, wenn sie entstanden, sondern erst dann, wenn sie verletzt sind.[36])

So kann z. B. wenn ich das Recht habe, meinem Nachbarn das Bauen auf seinem Grundstücke zu untersagen, dies Recht zwischen meinen und meines Nachbarn Erben Jahrhundertelang unverjährt bestehen, ohne daß es ein einziges Mal ausgeübt wäre; erst wenn des Nachbarn Erben wirklich zu bauen beginnen, beginnt auch die Verjährung.

d) Keine Verjährung, gleichgültig, wie lang ihre Dauer ist, beginnt zu laufen, wenn ihr ein Hemmungsgrund (unten VII) entgegensteht.

VII. Hemmung der Verjährung.

1. a) Das wichtigste Hemmnis der Verjährung ist, daß dem Verpflichteten ein Verteidigungsmittel zusteht, durch welches er den Anspruch des Berechtigten vorübergehend abwehren kann.[37]) Hierher gehört namentlich der Einwand der Stundung, ferner gegenüber dem Eigentumsanspruch die Einrede des Besitzers, er habe die Sache gemietet oder als Pfand bekommen u. dgl.

b) Doch hemmen einige gerade besonders wichtige Einreden die Verjährung nicht, solche Einreden nämlich, welche der Berechtigte seinerseits zu beseitigen die rechtliche Macht hat, — ganz ähnlich wie eine Befristung des Anspruchs auch dem Beginn der Verjährung nicht entgegensteht, wenn der Berechtigte die Frist durch Kündigung zu heben die Macht besitzt. Es sind dies die Einreden des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechts, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage.[38])

c) Die Einreden oder sonstigen Verteidigungsmittel hemmen nur, wenn sie wirklich begründet waren. Daß der Berechtigte sie irrtümlich als vorhanden annahm, ist also unerheblich. Doch wird es genügen, wenn der Verpflichtete sich auf das Verteidigungsmittel dem Berechtigten gegenüber thatsächlich berufen hat.

2. Die Verjährung ist ferner gehemmt

a) zwischen Ehegatten, solange die Ehe besteht,

b) zwischen Eltern und Kindern, solange die Kinder minderjährig,

c) zwischen Vormund und Mündel.[39])

Das Gesetz will offenbar zwischen diesen Personen Rechtsstreitigkeiten mög-

---

35) RGB. 852 Abs. 1.

36) RGB. 198 Satz 2. 37) RGB. 202.

38) RGB. 202; außerdem die Einreden aus RGB. 770, 2014, 2015.

39) RGB. 204.

lichst vermeiden auf die Gefahr hin, daß durch die Verschleppung solcher Streitigkeiten die Rechtsverhältnisse dieser Personen verdunkelt werden.

3. Die Verjährung ist ferner gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung verhindert ist; doch gilt dies Hemmnis nur, wenn es innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist eintritt oder fortdauert.[40])

4. Auch die beiden folgenden Hemmnisse gelten nur, wenn sie in den letzten sechs Monaten der Verjährungsfrist eintreten oder fortdauern:[41])

a) der Berechtigte ist geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig und besitzt keinen zu seiner Vertretung berechtigten Gewalthaber;

b) der Anspruch gehört zu einem Nachlaß oder ist gegen einen Nachlaß gerichtet, und der Nachlaß entbehrt eines Vertreters.

5. Ein letztes Hemmnis gilt sogar nur, wenn es am letzten Tage der Frist vorliegt: es ist der Umstand, daß dieser letzte Tag ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist.[42])

Die Wirkung der Hemmung ist in den drei ersten und dem letzten Falle die, daß der Zeitraum, während dessen das Hemmnis besteht, in die Verjährungszeit nicht eingerechnet wird. Es wird also, nachdem das Hemmnis fortgefallen ist, einfach der Teil der Verjährungsfrist, welcher nicht bereits vor Eintritt des Hemmnisses abgelaufen war, gerechnet. — Anders im Falle 4. Hier wird von dem Fortfall des Hemmnisses ab eine neue feste Verjährungsfrist von 6 Monaten berechnet; nur wenn die volle Verjährungsfrist weniger als 6 Monat beträgt, tritt an Stelle der 6 Monate diese kürzere volle Frist.[43])

Beispiel. Anspruch: die Lohnforderung des Arbeiters A. aus dem Jahre 1900. 1. A. wird durch eine Überschwemmung in der Zeit vom 6. bis 12. Dezember 1902 verhindert, dem zuständigen Gericht die Klage gegen den Schuldner zwecks Terminsbestimmung einzureichen; die Verjährung läuft am 7. Januar 1903 ab. 2. A. ist Anfangs 1901 geisteskrank geworden; erst Anfangs 1902 wird ihm ein Vormund bestellt; dieser stirbt am 6. Dezember 1902; am 12. dess. Mts. wird ein neuer Vormund ernannt; Verjährung läuft am 12. Juni 1903 ab.

VIII. Unterbrechung der Verjährung.

1. Der Hauptzweck der Verjährung ist es, dem Verpflichteten die Verteidigung zu erleichtern und unklare Rechtsverhältnisse aus der Welt zu schaffen. Dadurch rechtfertigt sich der Satz: die Verjährung wird unterbrochen, sobald der Verpflichtete den Anspruch anerkennt. Doch muß das Anerkenntnis gegenüber dem Berechtigten erfolgen; ein gegenüber Dritten abgegebenes Anerkenntnis geht den Berechtigten nichts an, soll also auch dessen Ansprüche nicht verbessern.[44])

a) Das Anerkenntnis kann ausdrücklich erfolgen, mündlich oder schriftlich. Es kann aber auch stillschweigend vor sich gehen. So genügt es, wenn der Verpflichtete Abschlagszahlungen oder Zinszahlungen leistet, Pfänder giebt, Bürgen stellt, vorausgesetzt, daß nicht die Umstände — in einer für den Be-

---

40) RGB. 203. 41) RGB. 206, 207.
42) RGB. 193. 43) RGB. 205—207. 44) RGB. 208.

rechtigten erkennbaren Weise — ergeben, der Verpflichtete wolle trotz dieses dem Berechtigten entgegenkommenden Verhaltens seine Verpflichtung **nicht** anerkennen. Ebenso genügt es, wenn der Verpflichtete, nachdem ihm der Anspruch mitgeteilt ist, den Geschäftsverkehr mit dem Berechtigten fortsetzt, ohne dem Anspruch zu widersprechen.

b) Daß der Berechtigte das Anerkenntnis **annimmt**, ist nicht erforderlich. Deshalb unterbricht eine Abschlagszahlung die Verjährung, sofern sie nur angeboten wird, mag auch der Berechtigte sie zurückgewiesen haben. Selbst daß der Berechtigte selber bestreitet, den Anspruch zu besitzen, — man denke etwa an Ansprüche, welche Geschwister gegeneinander auf Grund eines zweifelhaften elterlichen Testaments haben — schließt die Unterbrechung der Verjährung nicht aus (gesetzgeberisch freilich recht bedenklich!).

2. Die Verjährung soll den Berechtigten nur treffen, wenn er seinen Anspruch nicht ausübt. Deshalb muß die Verjährung auch dann, wenn der Verpflichtete den Anspruch nicht anerkennt, unterbrochen werden, sobald der Berechtigte zur Ausübung seines Rechts schreitet. Doch genügt eine bloße Mitteilung der Ansprüche an den Verpflichteten, eine Mahnung, ja selbst der Versuch, durch Selbsthilfe zur Befriedigung des Anspruchs zu gelangen, nicht.[45]) Vielmehr ist eine **prozeßrechtliche** Ausübung des Anspruchs erforderlich, nämlich regelmäßig die Klagerhebung oder die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren; ist der Anspruch vollstreckbar, so ist keine Klagerhebung nötig, sondern die Vornahme einer Pfändung oder sonstigen Vollstreckungshandlung genügt; ist der Verpflichtete in Konkurs, so genügt die Anmeldung des Anspruchs beim Konkursgericht; endlich genügt es, wenn der Berechtigte in dem Prozeß, von dessen Ausgang der Anspruch abhängt, dem Verpflichteten den Streit verkündet, oder, wenn er gegenüber einem vom Verpflichteten wider ihn erhobenen Anspruch im Prozeß erklärt, mit seinem Anspruch aufrechnen zu wollen.[46])

An Einzelheiten sei folgendes erwähnt.

a) Die Klagerhebung genügt, auch wenn sie nicht auf Befriedigung des Berechtigten, sondern nur auf eine theoretische Feststellung des Anspruchs gerichtet ist; daß die Klage bei einem unzuständigen Gericht erhoben ist, schadet nichts; dagegen genügt die Erhebung des Anspruchs bei einem Schiedsgericht, einem Verwaltungsgericht oder einer sonstigen Behörde nur, wenn diese Behörde wirklich zuständig ist.[47]) — Die Unterbrechung dauert solange, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder durch Vergleich, Anerkenntnis u. s. w. erledigt wird oder, falls der Prozeß in Stillstand gerät, bis zur letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts. Wird die Klage zurückgenommen oder wird sie wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder aus einem anderen nicht die Sache selbst entscheidenden Grunde rechtskräftig abgewiesen, so gilt die Unterbrechung der Verjährung als garnicht erfolgt, es sei denn, daß der Berechtigte binnen 6 Monaten von neuem Klage erhebt.[48])

b) Die Unterbrechung, welche durch Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren

---

45) Ausnahme z. B. RGB. 478.

46) RGB. 209. 47) RGB. 220; s. auch RGB. 210.

48) RGB. 212.

bewirkt wird, gilt als nicht erfolgt, sobald die durch die Zustellung begründeten Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen.[49])

c) Die Unterbrechung, welche durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung bewirkt wird, gilt als nicht erfolgt, wenn die Vollstreckungsmaßregel auf Antrag des Berechtigten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird. Ist die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen, wie z. B. die Zwangsversteigerung von Grundstücken, so geschieht die Unterbrechung der Verjährung schon durch einen Antrag auf Zwangsvollstreckung; die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Antrag zurückgewiesen oder vor der Vornahme der Vollstreckungshandlung zurückgenommen wird oder wenn die Maßregel auf Antrag des Berechtigten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird.[50])

d) Bei der Anmeldung des Anspruchs im Konkurse dauert die Unterbrechung bis zur Konkursbeendigung und, falls auf den Anspruch ein Betrag zurückbehalten wird, sogar noch darüber hinaus; sie gilt als nicht erfolgt, wenn die Anmeldung zurückgenommen wird.[51])

e) Die Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündigung oder Aufrechnung dauert fort, bis der Prozeß, in welchem Streitverkündigung oder Aufrechnung erklärt sind, rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist oder, falls der Prozeß stillsteht, bis zur letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts. Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn nicht binnen 6 Monaten nach Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs erhoben wird.[52])

Die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung ist, daß der bisherige Ablauf der Verjährungsfrist jede rechtliche Bedeutung verliert. Hört die Unterbrechung auf, so kann allerdings die Verjährung von neuem beginnen; aber erstlich müssen alsdann die Voraussetzungen für den Verjährungsbeginn gegeben, z. B. bei Ansprüchen, die der zweijährigen Verjährung unterliegen, muß der Jahresschluß herangekommen sein; und zweitens läuft nicht bloß, wie bei dem Fortfall einer Verjährungshemmung, der noch übrigbleibende Rest der Verjährungszeit weiter, sondern es beginnt eine ganz neue Frist von der gleichen Dauer wie die alte;[53]) ist während der Verjährungsunterbrechung der Anspruch rechtskräftig festgestellt, so kann die neue Verjährungsfrist sogar länger sein, als die alte, da sie, wie schon erwähnt, in jedem Falle dreißig Jahre beträgt.[54])

IX. Wirkung der Verjährung.

Durch den Ablauf der Verjährung wird der Verpflichtete berechtigt, die Leistung, auf welche der verjährte Anspruch sich bezieht, zu verweigern:[55]) der Dieb braucht das gestohlene Gut nicht herauszugeben, der Darlehnsschuldner braucht das Darlehn nicht zurückzuzahlen, der Käufer braucht weder die erkaufte Ware zurückzugeben noch den Kaufpreis dafür zu entrichten, wer eine Mauer aufgeführt hat, welche vertragswidrig das Nachbargrundstück benachteiligt, braucht die Mauer nicht einzureißen, sobald der Anspruch des Bestohlenen, des Darlehnsgebers, des Verkäufers, des Nachbarn verjährt ist.

Selbstverständlich[56]) kann der Verpflichtete auch eine bloße Feststellungsklage des Be-

---

49) RGB. 213. 50) RGB. 216.
51) RGB. 214. 52) RGB. 215. 53) RGB. 217.
54) RGB. 218. Siehe oben S. 257[27]. 55) RGB. 222.
56) Obschon die Motive 1 S. 291, 295 das Gegenteil lehren.

rechtigten mit der Verjährungseinrede abwehren. Allerdings hat der Berechtigte an der Feststellung seiner verjährten Ansprüche ein gewisses Interesse. Aber daß dies Interesse dazu ausreichte, um einen Prozeß zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zu rechtfertigen, davon kann sicher nicht die Rede sein. Indem das Gesetz dem Verpflichteten das Recht giebt, die thatsächliche Leistung zu verweigern, hat es ihm auch das Recht gegeben, die theoretische Feststellung seiner Leistungspflicht abzuwehren.

1. Meistens erscheint die Verweigerung der verjährten Leistung seitens des Verpflichteten prozessual als Einrede: der Berechtigte ist es, welcher klagt, der Verpflichtete verteidigt sich als Beklagter damit, daß der Klaganspruch verjährt sei. Doch kann der Verpflichtete, der sich auf die Verjährung beruft, auch die Rolle des Klägers übernehmen, sei es, daß er rein negativ mittels einer Feststellungsklage den gegnerischen Anspruch als verjährt angreift, sei es, daß er einen eignen positiven Anspruch geltend macht und erst, wenn der Beklagte zu seiner Verteidigung sich auf einen Gegenanspruch beruft, z. B. um ihn gegen den Klaganspruch aufzurechnen, die Verjährung dieses Gegenanspruchs vorschützt; in letzterem Falle erscheint die Verweigerung der verjährten Leistung prozessual als Replik.

2. Daß die Verjährung nicht das Recht des Berechtigten zerstört, ist bereits erwähnt: nicht das Recht, sondern der Anspruch des Berechtigten verjährt. Aber auch der Anspruch wird durch die Verjährung nicht zerstört, sondern nur abgeschwächt. Das zeigt sich darin, daß, wenn der Verpflichtete von seinem Recht, dem Anspruch den Gehorsam zu verweigern, keinen Gebrauch macht, der Anspruch vollwirksam bleibt; wenn er z. B. als Beklagter im Verhandlungstermin nicht erscheint oder wenn er kommt, aber die Einrede der Verjährung nicht erhebt, wird er gemäß dem Antrage des Klägers verurteilt, mag auch die Verjährung des Klaganspruchs offenkundig oder gar vom Kläger ausdrücklich zugegeben sein. Ferner kann der Verpflichtete, wenn er den Berechtigten freiwillig befriedigt oder sicherstellt, das Geleistete nicht zurückfordern. Ebenso ist ein Anerkenntnis, welches er bezüglich des Anspruchs abgiebt, unwiderruflich. Und zwar gelten alle diese Regeln auch dann, wenn der Verpflichtete sich dem Anspruch des Berechtigten lediglich aus Unkenntnis der Verjährung unterworfen hat.[57])

3. a) Die Verjährung eines Anspruchs kann eine bloße teilweise sein. So verjährt z. B. der Anspruch des Darlehnsgläubigers, wenn dieser die Verjährung durch Einklagung eines Zehntels seines Darlehnsanspruchs unterbricht, nur wegen der übrigen neun Zehntel.

b) Um so mehr kann, wenn aus einem und demselben Recht eine Mehrheit von Ansprüchen entspringt, der eine Anspruch verjähren, der Überrest dagegen in Kraft bleiben. Wenn z. B. ein Darlehnsgläubiger einen einzelnen Zinsanspruch verjähren läßt, verjährt damit keineswegs zugleich der Anspruch auf die übrigen Zinsen oder gar der Anspruch auf die Darlehnssumme, woraus

57) RGB. 222.

denn folgt, daß ein reines Rentenrecht, welches garnicht auf eine Kapitalzahlung gerichtet ist, als solches überhaupt nicht verjährt.[58])

4. a) Nur wenn ein Anspruch rechtlich von dem anderen abhängig ist, zieht die Verjährung des einen die des anderen nach sich. So verjährt namentlich, wenn der Hauptanspruch verjährt, auch der Anspruch auf die von ihm abhängigen Nebenleistungen, z. B. auf Zinsen, Kosten, Schadensersatz, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist.[59]) So verjährt, wenn der Anspruch gegen den Hauptschuldner verjährt ist, auch der Anspruch gegen den Bürgen[60]) u. s. w.

b) Folgerecht müßte, wenn ein durch ein Pfandrecht gesicherter persönlicher Anspruch verjährt, auch der dingliche auf dem Pfandrecht beruhende Anspruch mit verjähren. Doch läßt das Gesetz dies nur gelten, soweit der Anspruch auf Zinsen oder andere wiederkehrende Leistungen geht. Im übrigen bleibt der Pfandrechtsanspruch, falls er nicht von einer selbständigen Verjährung betroffen ist, unverjährt bestehen.[61])

5. Tritt bezüglich eines Anspruchs ein Personenwechsel ein, nachdem der Anspruch bereits verjährt ist, so gilt die Verjährung gegen den neuen Berechtigten und zu Gunsten des neuen Verpflichteten. Und wer durch Rechtsnachfolge eine Sache erwirbt, ist auch gegen alle dinglichen Ansprüche an der Sache geschützt, welche gegenüber seinem Vormann verjährt waren.[62])

6. Einige der bisher geltenden Gesetze schwächen die Wirkung der Verjährung dahin ab, daß sie dem Berechtigten den Gegeneinwand gestatten, er sei wegen seines Anspruchs noch nicht befriedigt[63]) oder der Verpflichtete entziehe sich wider besseres Wissen seiner rechtmäßigen Schuld.[64]) Das Reichsgesetzbuch schneidet diesen Gegeneinwand ab: selbst der Dieb, welcher die gestohlenen Sachen vor den Verfolgern mit Erfolg versteckt hat, kann nach Ablauf von dreißig Jahren die Sache aus dem Verstecke holen; denn er ist alsdann vor dem Eigentumsanspruch des Bestohlenen sicher.

b) Sonstige Rechtswirkungen des Zeitablaufs.

§ 75.

1. Am nächsten der Verjährung steht die gesetzliche erlöschende Befristung: ein Recht erlischt nach Ablauf einer bestimmten Frist, sei es schlechthin — so geht z. B. die elterliche Gewalt des Vaters mit dem Ablauf von 21 Jahren seit der Geburt des Kindes unter — sei es unter der Voraussetzung, daß das Recht innerhalb der Frist nicht ausgeübt worden ist — so erlischt z. B. das Recht, einen Vertrag wegen Betruges anzufechten, wenn es

58) Abw. Regelsberger 1 S. 661.
59) RGB. 224. 60) RGB. 768.
61) RGB. 223. 62) Siehe oben S. 258[28].
63) c. c. 2275. 64) Pr. LR. I, 9 § 569.

binnen eines Jahres nach Entdeckung des Betruges nicht geltend gemacht wird. Doch dürfen die für die Verjährung geltenden Regeln nicht analog auf die erlöschende Befristung angewendet werden.

a) Für den Beginn des Fristlaufs bei der Befristung giebt es eine allgemeine Regel überhaupt nicht.[1])

b) Für einige Befristungen ist, wie bei der Verjährung, festgesetzt, daß der Fristlauf gehemmt wird, wenn in den letzten sechs Monaten der Frist der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege oder höhere Gewalt an der Ausübung seines Rechts behindert ist, oder wenn der Berechtigte geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist, ohne einen gesetzlichen Vertreter zu besitzen, oder wenn das Recht aktiv oder passiv zu einem des Vertreters entbehrenden Nachlaß gehört.[2]) — Bei anderen Arten der Befristung (z. B. der für die Besitzansprüche geltenden einjährigen Frist) findet dagegen eine Hemmung des Fristablaufs in keinem Falle statt.

c) Wenn ein Recht binnen einer bestimmten Frist ausgeübt werden muß, so muß die Rechtsausübung bald durch Klage,[3]) bald durch Klage oder einseitige Erklärung bei Gericht,[4]) bald durch einseitige außergerichtliche Erklärung des Berechtigten geschehen.[5]) Eine bloße Unterbrechung der Frist liegt hierin nicht; denn es läuft nicht etwa, nachdem die Rechtsausübung erfolgt ist, die Frist von neuem; vielmehr ist die Frist durch die einmalige Rechtsausübung für immer gewahrt.

d) Durch Ablauf der Frist wird bei der gesetzlichen Befristung nicht der Anspruch,[6]) sondern das Recht als Ganzes getroffen, und zwar wird das Recht nicht bloß abgeschwächt, sondern völlig aufgehoben.

2. Außer der erlöschenden giebt es auch eine a u f s c h i e b e n d e gesetzliche Befristung: z. B. ist bei Faustpfändern der Pfandverkauf dem Schuldner erst anzudrohen und darf frühestens einen Monat nach der Androhung vollzogen werden.

3. Über r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Befristungen ist bereits oben in der Lehre von den Rechtsgeschäften (§ 62) gehandelt.

4. Im Sachenrecht spielt der Zeitablauf namentlich bei der Ersitzung eine große Rolle.

5. Bedeutsam ist der Zeitablauf ferner bei der Todeserklärung, der Feststellung der Ehelichkeit eines Kindes u. s. w.

---

1) Vgl. RGB. 121, 124, 864, 1571, 1594 u. s. w.

2) So — übrigens nicht gleichmäßig — nach RGB. 124 Abs. 2, 1339, 1571 Abs. 4, 1594 Abs. 3, 1599, 2082 Abs. 2, 1996, 1997 u. s. w.

3) Z. B. RGB. 864.

4) Z. B. RGB. 1596, 1597.

5) Z. B. RGB. 124.

6) Ausnahme RGB. 864.

6. Unvordenklicher Besitz [7])

a) In Anknüpfung an allgemeine Vorstellungen des alten deutschen und einige nur für besondere Institute geltende Vorschriften des römischen Rechts hat zunächst das kanonische und schärfer und bestimmter das gemeine deutsche Recht folgende Regel ausgebildet: kann bewiesen werden, 1) daß im letzten Menschenalter eine Gerechtsame thatsächlich ausgeübt worden ist und 2) daß auch aus der früheren Zeit keine Nachricht vorliegt, wonach die Gerechtsame damals nicht ausgeübt worden wäre, so wird vermutet, daß die Gerechtsame zu Recht besteht. Von der Ersitzung unterscheidet sich der unvordenkliche Besitz namentlich dadurch, daß er auf alle Gerechtsame angewendet wird, die einen gesetzlich zulässigen Inhalt haben, sofern nur eine dauernde Ausübung bei ihnen thatsächlich möglich ist; auch schafft der unvordenkliche Besitz kein neues Recht wie die Ersitzung, sondern ersetzt nur den Beweis der gesetzmäßigen Begründung alten Rechts.

b) Alle neueren Gesetze haben den unvordenklichen Besitz beseitigt. So auch das Reichsgesetzbuch. Nur auf dem Gebiete der vorbehaltenen Materien kann das Landesrecht ihn auch in Zukunft beibehalten oder neueinführen, was namentlich im Wasserrecht praktisch bedeutsam sein wird.

Zusatz zu §§ 73—75.

I. Die rechtliche Behandlung des Zeitablaufs wird örtlich regelmäßig nach dem Gesetze bestimmt, welches für das durch den Zeitablauf beeinflußte Rechtsverhältnis im allgemeinen gilt; sobald also z. B. feststeht, daß eine Forderung im allgemeinen nach russischem Recht beurteilt werden muß, ist auch die Verjährung der Forderung nach russischem Recht zu beurteilen, die Kündigungsfrist nach russischer Rechnung zu bemessen u. s. w.

II. Entsprechend werden wir, wenn ein Rechtsverhältnis im allgemeinen nach altem Recht zu beurteilen ist, auch den Einfluß der Zeit auf dies Rechtsverhältnis nach altem Recht beurteilen. So ist bei einem vor 1900 abgeschlossenen Mietsvertrage die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist nach altem Recht zu berechnen; ob ein Wegerecht sich dank unvordenklichen Besitzes der Vermutung rechtsgültiger Begründung erfreue, ist, wenn der Thatbestand jenes Besitzes bereits vor 1900 abgeschlossen war, nach altem Recht zu prüfen u. s. w. — Nur für die Verjährung gelten abweichende Regeln.[8]) Es kommt nämlich das alte Recht nur dann rein zur Anwendung, wenn noch unter seiner Herrschaft die Verjährung abgelaufen ist; umgekehrt kommt das neue Recht rein nur dann zur Anwendung, wenn erst unter seiner Herrschaft die Verjährung begonnen hat; liegt dagegen der Beginn der Verjährung unter der Herrschaft des alten, das Ende unter der Herrschaft des neuen Rechts, so kommen beide Rechte zugleich zur Anwendung: 1. Die Frage nach dem Beginn, der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung bestimmt sich für die Zeit vor 1900 nach altem, für die Zeit von 1900 ab nach neuem Recht. 2. Die Dauer der Verjährungsfrist bestimmt sich nach neuem Recht, wenn die neue Frist länger ist als die alte; ist sie kürzer, so entscheidet gleichfalls das neue Recht, jedoch so, daß die Frist erst vom 1. Januar 1900 ab gerechnet wird; läuft jedoch die alte Frist früher ab als (vom 1. Jan. 1900 ab gerechnet) die neue Frist, so verbleibt es bei der alten Frist; so verjährt z. B. die Kaufpreisforderung eines Bauern, der seinem Nachbarn für dessen Haushalt Korn geliefert hatte, nach preußischem Recht in 30, nach dem RGB. in 2 Jahren; war also der Kaufpreis zahlbar am 1. Mai 1872, so verjährt der Anspruch

---

7) Buchka, unvordenkl. Besitz (41); Friedländer, unvordenkliche Zeit (43); Pfeiffer, prakt. Ausführungen 2 S. 1, 7 S. 175 (28/44).

8) EG. 169.

gemäß altem Recht am 1. Mai 1902; war er am 1. Mai 1875 zahlbar, so verjährt er gemäß neuem Recht am 31. Dezember 1903. — 3. Die Wirkung der Verjährung folgt dem neuen Recht.

IV. Verfügungen der Staatsgewalt.

§ 76.

Zu dem juristischen Thatbestande einer Rechtswirkung gehört oft eine Verfügung der Staatsgewalt, welche den Eintritt der Rechtswirkung anordnet oder zuläßt oder zum Abschluß bringt.

1. a) In manchen Fällen hat diese Verfügung nur eine formelle Bedeutung; sie hat blos den Zweck, festzustellen, daß die übrigen für die Rechtswirkung erforderlichen Thatbestandsstücke verwirklicht sind. Als Beispiel sei die Verleihung des Bergwerkseigentums durch das Oberbergamt genannt. [1]) In Fällen dieser Art haben die Beteiligten auf den Erlaß der Verfügung ein Recht, — freilich kein im Zivilprozeß zu verfolgendes Privatrecht, wohl aber ein im Beschwerdewege oder u. U. im Verwaltungsstreitverfahren zu verfolgendes öffentliches Recht.

b) In anderen Fällen hängt dagegen der Erlaß der Verfügung vom freien Ermessen des zuständigen staatlichen Organs ab. Dann haben die Beteiligten kein Recht darauf. Die Verfügung heißt in diesen Fällen Privileg. Als Beispiel sei die Bestätigung von Familienfideikommißstiftungen erwähnt, die in Preußen durch den König oder das Oberlandesgericht erfolgt; ferner die Ermächtigung zur Ausgabe von Geldpapieren auf den Inhaber, welche der Zentralbehörde des Bundesstaates obliegt, in dessen Gebiet der Aussteller seinen Wohnsitz hat. [2])

c) Schließlich giebt es Fälle, wo staatliche Verfügungen der beiden soeben genannten Arten nebeneinander erforderlich sind. Als Beispiel sei der Erwerb juristischer Persönlichkeit durch einen zum Vereinsregister angemeldeten politischen Verein genannt: dieser Erwerb geschieht durch Nichterhebung eines Widerspruchs seitens der Verwaltungsbehörde und durch Eintragung des Vereins im Vereinsregister seitens des Amtsgerichts; hier ist die Nichterhebung des Widerspruchs Privileg, während auf die Eintragung im Vereinsregister der Verein ein Recht hat. [3])

d) Von welchen staatlichen Organen die Verfügung ausgeht, läßt sich nicht allgemein bestimmen; schon die bisher genannten Beispiele zeigen, daß sehr verschiedene Organe dabei in Frage kommen. Erwähnt sei nur noch, daß in manchen Fällen die Privilegienerteilung der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten

---

1) Preuß. Berggeſ. v. 24. 6. 65 § 22, 24.

2) Preuß. LR. II, 4 § 29, 62, 56; RGB. 795.

3) Siehe oben S. 98.

ist; so kann z. B. die Ermächtigung zur Ausgabe von Banknoten nur durch Reichsgesetz erteilt werden.[4])

2. Im Mittelalter und noch bis in die neuere Zeit haben die Privilegien im Privatrecht eine große Rolle gespielt. Manche Zweige des Privatrechts, z. B. das Urheber- und das Bergrecht waren geradezu auf Privilegienerteilung gegründet. Jetzt sind die Privilegien dagegen sehr in den Hintergrund gedrängt.

3. Am wichtigsten für das Privatrecht sind von allen staatlichen Verfügungen die Enteignungsbeschlüsse. Da indes das Enteignungsrecht in der Hauptsache auf einem Siege des öffentlichen Rechts über das Privatrecht beruht, ist seine Darstellung dem Staats- oder Verwaltungsrecht zuzuweisen.[5]) Hier müssen — unter dem Vorbehalte, an geeigneter Stelle dieses Werks einzelne Fragen des Enteignungsrechts, z. B. das Näherrecht und vor allem den Schadenersatzanspruch des Enteigneten noch genauer zu erörtern — folgende Andeutungen genügen.

a) Das Enteignungsrecht ist nicht einheitlich geregelt, sondern beruht auf einer Fülle von Reichs- und Landesgesetzen. Am wichtigsten von diesen sind die Gesetze, welche die Enteignung des Grundbesitzes im öffentlichen Interesse betreffen, z. B. das preußische Gesetz vom 11. Juni 1874. Das Reichsgesetzbuch berührt das Enteignungsrecht nur an wenigen Stellen, z. B. bezüglich des Notweges.

b) Die Enteignung richtet sich vorzugsweise gegen die Grundstückseigentümer: entweder wird ihnen ihr Eigentum geradezu genommen und dafür der Enteignungsberechtigte zum Eigentümer gemacht, oder sie werden wenigstens in der Benutzung ihres Eigentums beschränkt, indem sie z. B. einem Bergwerksunternehmer erlauben müssen, auf ihrem Grund und Boden nach Steinkohlen zu schürfen.[6]) Die Enteignung kann sich aber auch gegen Personen, welche nur ein Recht an einem fremden Grundstücke haben, richten; so werden z. B. Hypothekengläubiger, Nießbraucher, Weideberechtigte meistens durch eine gegen den Grundstückseigentümer gerichtete Enteignung mitbetroffen: verliert der Eigentümer sein Recht, so gehen auch ihre Rechte unter, weil der Enteignungsberechtigte regelmäßig lastenfreies Eigentum erwerben soll; wird der Eigentümer bloß beschränkt, so müssen auch sie die Beschränkung gegen sich gelten lassen. Daneben kommt aber auch eine Enteignung vor, die sich nur gegen sie und nicht gegen den Eigentümer richtet, da sie vielmehr gerade zu des Eigentümers Gunsten erfolgt; hierher gehört namentlich die Aufhebung „kulturschädlicher" Dienstbarkeiten bei der sog. Gemeinheitsteilung. — Ferner kommt eine Enteignung auch bei beweglichen Sachen vor; im Kriege werden z. B. den Pferdebesitzern im Notfall ihre Pferde gewaltsam für

4) RGes. v. 14. 3. 75 § 1.

5) Litteratur s. bei G. Meyer, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1 § 100.

6) Preuß. Berggeſ. § 8.

militärische Zwecke weggenommen. [7]) Auch Erfindungspatente können durch Enteignung beschränkt werden [8]) u. s. w.

c) Die Enteignung geschieht meist in öffentlichem Interesse. Einem Fabrikbesitzer z. B., der seine Fabrik nur an einer bestimmten Stelle, wo allein ihm eine genügende Wasserkraft zur Verfügung steht, betreiben kann und ein Nachbargrundstück für seinen Betrieb dringend braucht, darf die Enteignung des Nachbars nicht bewilligt werden, es müßte denn sein, daß die Fabrik dem öffentlichen Interesse dient. Dagegen ist die Enteignung zulässig, wenn sie zur Anlegung öffentlicher Straßen, zum Eisenbahnbau u. dgl. nötig ist. [9]) Nur ganz ausnahmsweise ist die Enteignung auch im Privatinteresse gestattet, nämlich zu Gunsten eines Bergwerksunternehmers [10]) und zu Gunsten eines Grundstückseigentümers, dessen Grundstück von allen öffentlichen Wegen abgeschnitten ist und eines „Notweges" bedarf. [11])

d) Ein Recht auf die Enteignung besteht nicht; die Ermächtigung zur Enteignung ist also Privileg. Doch giebt es auch in dieser Beziehung Ausnahmen, z. B. wenn jemand auf fremden Grundstücken auf Mineralien schürfen will, sowie, wenn jemand eines Notweges bedarf. [12])

e) Wer von der Enteignung betroffen ist, hat regelmäßig ein Privatrecht auf vollen Schadensersatz.

4. Privatrechtlich besonders wichtig sind ferner die Dispensationen, d. h. staatliche Verfügungen, die einer Partei, welche bestimmte Rechtswirkungen erstrebt, die Beobachtung einer vom Gesetz regelmäßig vorgeschriebenen Bedingung ausnahmsweise erlassen. Dispensationen sind nur zulässig, wenn das Gesetz sie besonders erlaubt, z. B. wenn ein Mädchen, welches die Ehemündigkeit noch nicht erreicht hat, sich verheiraten will. [13])

5. Die Frage, ob ein Privileg als ungültig angefochten und ob es widerrufen werden kann, gehört dem Staatsrecht an und ist hier nicht weiter zu verfolgen.

---

7) RGes. v. 17. 6. 73 § 25.
8) RGes. v. 7. 4. 91 § 5 Abs. 2.
9) Preuß. Ges. v. 11. 6. 74 § 1.
10) Preuß. Bergges. § 8, 64, 135 ff.
11) RGB. 917.
12) Preuß. Bergges. § 8 Abs. 2, RGB. 917.
13) RGB. 1303 Abs. 2.

Sechster Abschnitt.

Ausübung und Sicherstellung der Rechte.

---

1. Allgemeines.

§ 77.

1. Der Berechtigte ist zur Ausübung seiner Rechte nicht verpflichtet. Doch giebt es Ausnahmen. So kann, wer das Recht hat, die Eintragung einer ihm an einem Grundstücke zustehenden Gerechtsame im Grundbuche zu fordern, zur Ausübung dieses Rechts von den Interessenten gezwungen werden; [1]) ebenso sind die Eltern zur Ausübung der meisten ihnen kraft ihrer elterlichen Gewalt zustehenden Rechte nicht bloß befugt, sondern auch verpflichtet u. s. w. Und auch hiervon abgesehen liegt eine mittelbare Nötigung zur Ausübung eines Rechts darin, daß dem, der die Ausübung versäumt, der Verlust oder die Minderung des Rechts, etwa im Wege der Verjährung, droht.

2. Schon früher ist erwähnt, daß der Berechtigte (von einzelnen Ausnahmen abgesehen) sein Recht auch dann ausüben darf, wenn er an der Ausübung kein Interesse hat. [2]) Ebenso ist ihm die Ausübung seines Rechts auch dann erlaubt, wenn sie einen Andern schädigt, es sei denn, daß der Andere ein stärkeres oder gleich starkes Gegenrecht besäße. Nur eines ist allgemein verboten: das Recht in einer Weise auszuüben, welche nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen. [3])

3. Regelmäßig kann man seine Rechte auch durch einen Vertreter ausüben; doch kommen auch hier nicht selten Ausnahmen vor.

Wenn ich z. B. zu einer Spazierfahrt einen Schlitten bestellt habe, kann ich in dem Schlitten auch, statt selber zu fahren, meine Familie fahren lassen. Dagegen kann ich eine mir unentgeltlich gegebene auf meinen Namen lautende Eintrittskarte zu einer Ausstellung nur persönlich benutzen.

---

1) RGB. 895. 2) Siehe oben S. 53.

3) RGB. 226. Beispiele unten im Nachbarrecht und beim Eigentumsanspruch.

4. Häufig haben verschiedene Personen nebeneinander Rechte, welche, wenn sie thatsächlich ausgeübt werden, sich gegenseitig widerstreiten. Dann kann eines dieser Rechte den Vorrang haben, und die anderen müssen ihm weichen; so steht z. B. unter mehreren auf dem nämlichen Grundstücke lastenden Hypotheken der zuerst eingetragenen der Vorrang zu. Oder die mehreren Rechte sind gleich stark; dann müssen die Berechtigten ihre Rechte gemeinsam ausüben[4]), oder jeder ist nur zur teilweisen Ausübung seines Rechts befugt[5]), oder es wird einem der Rechte nachträglich der Vorzug zugestanden, sei es dem, welches der Verpflichtete bevorzugt[6]), sei es dem, welches durch das Los bestimmt ist.[7]) Das römische Prinzip, daß der Berechtigte, welcher sich seinerseits mit der Ausübung des Rechts am meisten beeilt, den Vorzug habe, wird im heutigen Recht nur noch selten angewendet.[8]) Allerdings giebt es noch jetzt zahlreiche Fälle, in welchen dem Interessenten, welcher früher als die Mitbewerber thätig ist, ein Vorrang zukommt, z. B. dem Gläubiger, der zuerst pfändet, dem Erfinder, der zuerst ein Patent erbittet, dem Bergwerksunternehmer, der zuerst mutet. Doch wird in diesen Fällen ein neues Recht geschaffen, welches anderen Rechten gleichen Inhalts vorgeht oder sie ganz ausschließt, nicht aber wird ein schon früher vorhandenes Recht, weil es zuerst ausgeübt ist, vor anderen gleichfalls schon früher vorhandenen Rechten bevorzugt.

5. Von der Ausübung eines Rechtes verschieden ist die Sicherung des Rechts.

a) Der Berechtigte kann allein kraft seines Rechts von dem Verpflichteten eine Sicherheitsleistung nicht fordern. Vielmehr muß der Anspruch auf Sicherheitsleistung immer besonders begründet werden. Am häufigsten geschieht dies durch eine vertragsmäßige Zusage des Verpflichteten. Aber auch ohne solche Zusage kann der Anspruch durch Gesetzesvorschrift, testamentarische Verfügung u. s. w. geschaffen werden; ein Beispiel ist bereits oben in der Lehre von den bedingten und befristeten Rechtsgeschäften erwähnt[9]); andere Beispiele werden im weiteren Verlaufe unserer Darstellung zu nennen sein.

b) Wer durch Vertrag, Testament, Gesetzesvorschrift u. s. w. zur Bestellung von Sicherheit verpflichtet ist, muß die Sicherheit nach seiner Wahl in einer der vom Gesetz zugelassenen Arten bestellen, nämlich durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren oder durch Verpfändung inländischer Grundstücke, beweglicher Sachen oder gewisser besonders sicherer Forderungen; kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist auch die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig.[10]) Ausnahmsweise hängt die Auswahl der Siche-

---

4) Z. B. RGB. 513.
5) Z. B. RGB. 659 Abs. 2 Satz 1.
6) Z. B. RGB. 428.
7) Z. B. RGB. 659 Abs. 2 Satz 2.
8) Z. B. im Falle des preuß. Ges. v. 1. 4. 80 § 69 Abs. 4.
9) Siehe oben S. 190, 194. 10) RGB. 232; siehe aber RGB. 273 Abs. 3.

rung vom Gläubiger ab, z. B. im Falle erlaubter Selbsthilfe.[11]) Wird die Sicherung ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweitige Sicherheit zu leisten.[12])

Über die Einzelheiten siehe die genauen Vorschriften in RGB. 232—239.

2. Eigenmächtige Rechtsausübung.[1])

§ 78.

I. Die eigenmächtige, rein private Ausübung eines Rechts durch den Rechtsinhaber ist selbstverständlich an und für sich gestattet. Nur ist ihr eine Grenze dahin gesetzt, daß der Berechtigte keine Gewalt gegen andere Personen anwenden und auch nicht in fremden Besitz eingreifen darf. Doch kennt unser älteres und ebenso auch das neuere Recht eine Reihe wichtiger Fälle, in welchen der Berechtigte auch diese Grenze zu überschreiten befugt ist.

1. Der erste Fall ist der der Notwehr.[2]) Er setzt voraus, daß der Berechtigte von einem Unbefugten rechtswidrig angegriffen wird. Alsdann ist jede Verteidigungsmaßregel gestattet, welche zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist, selbst eine Sachbeschädigung, eine Körperletzung, ja sogar ein Totschlag.[3])

a) Der Angriff braucht nicht gegen die Person des Berechtigten gerichtet zu sein, sondern kann auch gegen dessen Güter gehen; so darf z. B. der Besitzer eines Hundes Notwehr gegen den üben, der den Hund schlägt. Nur muß der Berechtigte im Besitze des Gutes sein; wenn also z. B. ein Mieter die in seinem Mietsbesitz befindliche Wohnung beschädigt oder wenn er nach Ablauf der Mietszeit die Räumung der Wohnung verweigert, so liegt hierin ein „Angriff" gegen den Vermieter nicht.

b) Der Angriff muß objektiv rechtswidrig sein. Daß er auch eine subjektive Rechtswidrigkeit enthalte, ist dagegen nicht erforderlich. Deshalb ist Notwehr auch gegen den gestattet, welcher das Recht, das er verletzt, nicht kennt oder sich in entschuldbarem Irrtum ein eignes stärkeres Gegenrecht zuschreibt. Ja auch gegen unzurechnungsfähige Personen und sogar gegen Tiere[4]) ist Notwehr erlaubt.

c) Der Angriff muß ein „gegenwärtiger" sein, d. h. unmittelbar bevorstehen oder bereits begonnen haben. Es genügt also weder ein Angriff, der erst in der Zukunft droht, noch ein Angriff, der bereits vollendet ist.

---

11) Siehe unten § 78 I, Nr. 3.

12) RGB. 240.

1) Wendt, Faustrecht (83); v. Tuhr, Notstand im Civilrecht (88); v. Liszt, bei B. u. F. Heft 5 (89); Merkel, Collision rechtmäßiger Interessen (95).

2) Über altdeutsches Recht siehe z. B. Ed. Roth. 32, 280, Ssp. II, 62 § 2. Vgl. aber Heusler 2 S. 263. 3) RGB. 227.

4) Siehe v. Liszt, Strafrecht § 32.

d) Gleichgültig ist, ob obrigkeitliche Hilfe wider den Angriff erlangt werden kann oder nicht.

e) Daß das Übel, welches der Angegriffene in der Notwehr anrichtet, größer ist als das Übel, mit welchem ihn der Angriff bedroht, schadet nichts. Nötig ist nur, daß die Notwehrhandlung zur Abwehr des Angriffs erforderlich war. Deshalb ist es eine unzulässige Überschreitung der Notwehr, wenn der Angegriffene den Angreifer festhält oder verfolgt oder zur Leistung von Schadensersatz oder zur Bestellung einer Sicherheit zwingt.

f) Nicht bloß der Angegriffene selber, sondern auch jeder Dritte kann zur Notwehr schreiten, sei es im Auftrage des Angegriffenen, sei es aus eignem Antriebe. Geht der Angriff wider ein unverzichtbares Recht, so ist die Notwehr sogar trotz eines Verbots des Angegriffenen jedermann erlaubt. In diesen Fällen ist die Notwehr natürlich nicht als die Ausübung eines Privatrechts zu bezeichnen.

Daraus folgt, daß die Notwehr streng genommen garnicht hier, bei der Rechtsausübung, darzustellen ist. Indes ist die richtige systematische Einreihung der Lehre bisher noch nicht gefunden. Ich schließe mich deshalb vorläufig an die herrschende Methode an, welche die Notwehr als einen Fall eigenmächtiger Rechtsausübung auffaßt.

2. Der zweite Fall ist dem der Notwehr nahe verwandt und wird vom Reichsgesetzbuch mit der Notwehr zusammen als Selbstverteidigung bezeichnet. Er setzt voraus, daß jemandem durch eine fremde Sache Gefahr droht. Alsdann ist es gestattet, zur Abwehr der Gefahr die Sache zu beschädigen oder zu zerstören.[5])

a) Die Art der Gefahr, welche von der Sache droht, ist gleichgültig. Deshalb genügt auch eine bloße Gefährdung des Vermögens. Der Thatbestand unseres Falles ist also wesentlich weiter als der strafrechtliche Thatbestand der Notstandshandlung, da für diesen nur eine Gefährdung von Leib oder Leben genügt[6]); doch ist dies nicht etwa so zu verstehen, daß die Abwehr einer bloßen Vermögensgefährdung nur privatrechtlich erlaubt wäre, dagegen kriminell bestraft werden müßte; vielmehr ist eine derartige Abwehr, eben weil sie privatrechtlich erlaubt ist, überhaupt nicht rechtswidrig; sie muß also zwar nicht als Notstandshandlung, wohl aber als eine der Rechtswidrigkeit ermangelnde That straflos sein. — Umgekehrt ist in einer anderen Beziehung der Thatbestand unseres Falles enger als der des strafrechtlichen Notstandes; denn er umfaßt nur Gefahren, die von einer fremden Sache ausgehen, während das Strafrecht jede vom Thäter nicht verschuldete Gefahr (für Leib oder Leben) genügen läßt; wenn also jemand z. B. ein Brot stiehlt, um sich vom Verhungern zu erretten, so genügt dies für den Thatbestand des Notstandes, nicht aber für unseren Fall; derartige Handlungen sind demnach strafrechtlich erlaubt, privatrechtlich verboten. — Die Gefahr, welche abge-

5) RGB. 228. 6) Strafgesetzb. 54.

wehrt werden soll, muß rechtswidrig sein, obschon unser Gesetz das nicht ausdrücklich sagt: wenn mein Nachbar an meinem Grundstücke ein Traufrecht hat, kann ich seine Traufe nicht eigenmächtig beseitigen, mag sie auch meine Blumenbeete dringlich gefährden.

b) Die Beschädigung oder Zerstörung der gefahrdrohenden Sache ist nur soweit gestattet, als dies zur Abwehr der Gefahr erforderlich ist, und (anders als bei der Notwehr) auch nur dann, wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zu der drohenden Gefahr steht.

c) Im übrigen gelten die gleichen Regeln wie bei der Notwehr. Namentlich ist zur Zerstörung der gefährlichen Sache nicht bloß der, welcher selber gefährdet ist, sondern jeder Dritte befugt.

d) Das Recht der Selbstverteidigung gilt auch dann, wenn der Handelnde die Gefahr selber verschuldet hat; nur ist er dann zum Schadensersatz verpflichtet.

3. Der dritte Fall ist der des Notangriffs oder, wie das Reichsgesetzbuch wenig bezeichnend sagt, der Fall der Selbsthilfe. Er setzt voraus, daß der Berechtigte ohne sofortiges Eingreifen Gefahr läuft, die Ausübung seines Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert zu sehen. Alsdann darf er, um sich zu sichern, eine beliebige Sache, gewissermaßen als Pfand, wegnehmen. Er darf ferner eine fremde Sache beschädigen oder zerstören. Er kann endlich auch Gewalt gegen die Person des Verpflichteten anwenden, wenn dieser einer Handlung des Berechtigten, die er zu dulden hat, Widerstand entgegensetzt. Ja, er kann sogar den Verpflichteten, wenn dieser fluchtverdächtig ist, verhaften.[7])

a) Der Notangriff ist wie die Notwehr wegen jedes beliebigen Rechts und zur Abwehr gegen jede Art von Gefahr gestattet. Von der Notwehr ist er trotzdem scharf geschieden; denn er setzt keinen Angriff des Gegners voraus. Vielmehr ist es der Berechtigte selber, der zum Angriff übergeht.

b) Dadurch erklärt es sich, daß der Notangriff in engere Grenzen geschlossen ist als die Notwehr. Namentlich setzt er voraus, daß obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist. Ferner darf er nicht von jedem beliebigen Dritten ausgeübt werden, sondern nur von dem Berechtigten selber oder von seinen gesetzlichen oder mit gehöriger Vollmacht versehenen Vertretern. Endlich soll er nur ausnahmsweise einer wirklichen Ausübung des gefährdeten Rechts dienen, nämlich nur, wenn das Recht auf eine eigne vom Verpflichteten zu duldende Handlung des Berechtigten geht. Im übrigen dient dagegen der Notangriff nur zur Sicherung des gefährdeten Rechts. Deshalb darf der Berechtigte die von ihm weggenommene Sache nicht ohne weiteres behalten, selbst wenn es seine eigne ihm gestohlene Sache ist, die er zufällig in der Hand eines Landstreichers gefunden und ihm entrissen hat; sondern

7) RGB. 229.

er muß die Zwangsvollstreckung in die Sache betreiben oder den dinglichen Arrest darein erwirken; versäumt er dies oder wird der Arrestantrag abgelehnt, so muß er die Sache dem Gegner wieder herausgeben. — Für den Fall der Verhaftung des Verpflichteten ist vorgeschrieben, daß der Verhaftete unverzüglich dem Gericht vorzuführen ist, in dessen Bezirk die Verhaftung erfolgte; auch ist unverzüglich die Anordnung des Personalarrestes gegen den Verhafteten zu beantragen; wird dies versäumt oder wird der Arrestantrag abgelehnt, so ist der Verhaftete sofort freizugeben. [8])

c) Im übrigen kommen die Regeln von der Notwehr auch hier zur Anwendung. Namentlich ist der Notangriff nur soweit gestattet, als er zur Beseitigung der dem Berechtigten drohenden Gefahr erforderlich ist. Ferner genügt es, daß der Verpflichtete, gegen den der Angriff geht, objektiv im Unrecht ist, während ein subjektives Verschulden auf Seiten des Verpflichteten nicht vorausgesetzt wird.

4. Gegen eine unrechtmäßige Besitzentziehung ist nicht bloß Selbstverteidigung und Notangriff gestattet. Vielmehr kann der vertriebene Besitzer sich den Besitz gewaltsam wieder verschaffen.

a) Doch ist dies Recht zeitlich eng beschränkt. Es darf nur ausgeübt werden: 1) bei Grundstücken sofort nach der Besitzentziehung, 2) bei beweglichen Sachen, wenn der Thäter auf frischer That betroffen oder verfolgt wird. [9])

b) Gleichgültig ist, ob Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist.

c) Das Recht steht dem Besitzer und seinen Vertretern zu; als Vertreter gelten auch diejenigen, die im Haushalt oder Geschäft des Besitzers die thatsächliche Gewalt über die Sache abhängig vom Besitzer ausüben. [10])

d) Das Recht ist nicht bloß gegen den, der den Besitz eigenmächtig an sich gerissen hat, sondern auch gegen solche Besitznachfolger zulässig, welche bei ihrem Besitzerwerbe das rechtswidrige Verhalten ihres Vormannes gekannt haben; ein Knabe hat z. B. Äpfel gestohlen und wirft sie, als er verfolgt wird, einem anderen Knaben zu, der dem Diebstahle zugesehen hat.

5. Noch schärfer ist das Privatpfändungsrecht [11]), welches schon nach ältestem deutschen Recht den Grundstücksbesitzern zustand, wenn fremdes Vieh ihr Grundstück betrat. Dies Recht hat sich auch nach der Rezeption fast in ganz Deutschland erhalten, obschon es in den römischen Quellen nicht anerkannt war. Das Reichsgesetzbuch erwähnt das Privatpfändungsrecht nicht, läßt es aber, wo es landesrechtlich gilt oder neu eingeführt wird, unberührt. [12]) In Preußen hat es folgende Gestalt angenommen. [13])

a) Das Pfändungsrecht gilt nur zu Gunsten land- oder forstwirtschaftlich

---

8) RGB. 230. 9) RGB. 859. 10) RGB. 860.

11) Wilda, Ztsch. f. D. Recht 1 S. 167 (39); v. Meibom, Pfandrecht S. 190 (67); Nägeli, d. germ. Selbstpfändungsrecht (76); Brunner 2 S. 445.

12) EG. 89. 13) Preuß. Feld- u. Forstpolizeigesetz v. 1. 4. 80.

benutzter Grundstücke einschließlich städtischer Gärten; für Gebäude, Bergwerke u. dgl. gilt es nicht. Es greift nur Platz, wenn ein Grundstück entgegen einer feld- oder forstpolizeilichen Vorschrift von fremdem Vieh betreten wird. Gleichgültig ist, ob das Vieh dabei Schaden anrichtet;[14]) deshalb kann auch dann gepfändet werden, wenn das Vieh sich auf einem gebahnten Privatwege bewegt, vorausgesetzt, daß der Weg für fremdes Vieh gesperrt ist. Gleichgültig ist ferner, ob das Vieh allein ist oder von Menschen begleitet wird; namentlich ist, wenn jemand über ein fremdes Grundstück fährt oder reitet, eine Pfändung der Reit- und Wagenpferde zulässig. Gleichgültig ist schließlich auch, ob obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen und Gefahr im Verzuge ist; gerade hierin geht das Pfändungsrecht über das allgemeine Recht des Notangriffs weit hinaus.

b) Pfändungsberechtigt ist nicht bloß der Eigenbesitzer, sondern auch der Nießbraucher und Pächter des Grundstücks, ebenso jeder Familienangehörige oder Angestellte des Berechtigten, endlich auch die Feldhüter.[15])

c) Die Pfändung („Schüttung“) darf nur innerhalb der Feldflur geschehen und nur auf frischer That.[16])

d) Während nach Notwehrrecht der Grundstücksbesitzer darauf beschränkt ist, übertretendes Vieh wegzujagen, ist er nach Pfändungsrecht befugt, gerade umgekehrt das Vieh festzuhalten. Sind mehrere Stücke Vieh übergetreten, so dürfen nur soviel festgehalten werden, als für den Pfändungszweck erforderlich ist. Natürlich darf das gepfändete Vieh nicht etwa getödtet werden, ist vielmehr sorglich zu pflegen. Andere Sachen als Vieh dürfen nicht gepfändet werden; wohl aber muß der Pfändende, wenn der Gepfändete ihm freiwillig eine andere geeignete Sache als Pfand anbietet, sie nehmen und das Vieh freigeben.[17])

e) Die Pfändung hat den Vorteil, daß sie den Eigentümer des gepfändeten Viehs meist zur gütlichen Einigung mit dem pfändenden Grundstücksbesitzer veranlaßt. Auch giebt sie dem Pfändenden wegen seiner Forderung auf Schadenersatz oder Ersatzgeld ein Pfandrecht an dem gepfändeten Vieh.[18])

f) Im Streitfall muß der Pfändende die Rechtmäßigkeit der Pfändung nachweisen, also namentlich darthun, daß das gepfändete Vieh wirklich sein Grundstück betreten hat.[19]) Es wird aber letzterer Beweis durch die Pfändung thatsächlich sehr erleichtert.

g) Die Pfändung ist binnen 24 Stunden der Ortspolizei anzuzeigen, widrigenfalls der Pfändende die gepfändeten Sachen sofort herausgeben muß. Die Polizei faßt Beschluß darüber, ob die Pfändung aufrecht zu erhalten und wo das gepfändete Vieh vorläufig unterzubringen ist; gegen diesen Beschluß ist binnen 10 Tagen die Klage beim Kreisausschuß zulässig; der

---

14) Pr. Ges. v. 80 § 77 Abs. 2.
15) Preuß. Ges. v. 80 § 77.
16) Preuß. Ges. v. 1880 § 77; preuß. Landr. I, 14 § 420.
17) Pr. Ges. v. 80 § 78.
18) Pr. Ges. v. 80 § 78 Abs. 1, 86.
19) Abw. Gierke 1 § 39[79].

Rechtsweg ist ausgeschlossen; nur wenn der Gepfändete Thatsachen glaubhaft macht, aus denen die Unrechtmäßigkeit der Pfändung hervorgeht, hat die Polizei oder der Kreisausschuß das Verfahren einzustellen und dem Beschädigten die Verfolgung seiner Ansprüche im Zivilprozeß zu überlassen. Ist durch eine rechtskräftige Entscheidung die Pfändung aufrechterhalten, so werden die Pfandstücke von der Polizei versteigert; bis zum Zuschlage behält der Gepfändete das Einlösungsrecht. Aus dem Verkaufserlöse oder der von dem Gepfändeten zur Einlösung der Pfandstücke freiwillig eingezahlten Summe sind zunächst die Kosten zu decken und sodann die Ansprüche des Pfändenden zu befriedigen, die auf Schadensersatz jedoch nur dann, wenn sie binnen 3 Monaten nach der Pfändung bei der Polizei angemeldet sind; der Überrest fällt an den Gepfändeten oder, wenn dieser nicht ermittelt wird, an die Armenkasse.[20])

h) In älterer Zeit war ein Privatpfändungsrecht auch dann anerkannt, wenn unbefugterweise eine Person ein fremdes Grundstück betrat; die Pfändung wurde hier durch Wegnahme irgend einer Sache, welche die Person bei sich trug, und falls dies nicht thunlich war, durch Festhaltung der Person selber ausgeführt. Auch dies Recht der Personalpfändung hat sich in vielen Teilen Deutschlands, z. B. in Sachsen bis zur Stunde erhalten[21]) und wird vom Reichsgesetzbuch gleichfalls unberührt gelassen; nur die Festhaltung der Person des Schuldigen ist vom Reichsgesetzbuch auf den Fall beschränkt, daß die Voraussetzungen des Notangriffs vorliegen, also namentlich auf den Fall, daß der Schuldige unbekannt oder unsicher ist.

Die preußischen Feld- und Forstpolizeigesetze erwähnen die Personalpfändung nicht. Dagegen ist sie im preuß. Landr. I, 14 § 413 flg. anerkannt, aber nicht als eine Besonderheit, die gerade für den Schutz der Grundstücke bestimmt wäre; deshalb sind diese Vorschriften durch EG. 89 nicht gedeckt und also durch das RGB. beseitigt; doch wird die Personalpfändung als ein besonderes Privileg ländlicher Grundbesitzer auch in Preußen in den meisten Provinzen gewohnheitsrechtlich feststehen und bleibt alsdann dank EG. 89 auch ferner in Geltung.

i) Andere Fälle, in denen das deutsche Mittelalter ein Privatpfändungsrecht anerkannte, z. B. zu Gunsten der Vermieter und Gastwirte, sowie des Gesindes sind jetzt veraltet.

6. Das ältere Recht kannte noch einen anderen Fall erlaubter Selbsthilfe, den Fall nämlich, daß der Schuldner seinem Gläubiger vertragsmäßig ein außergerichtliches Pfändungsrecht eingeräumt hat. Vielfach verlangte man nicht einmal, daß der Schuldner sich der außergerichtlichen Pfändung ausdrücklich unterwarf („Pfandklausel"), sondern nahm die Unterwerfung bei allen in gewisser feierlicher Form errichteten Verträgen als selbstverständlich an.[22]) In neuerer Zeit gilt dagegen die Pfandklausel nicht mehr als zulässig; der Schuldner kann allerdings noch jetzt dem Gläubiger das Recht sofortiger Zwangsvollstreckung einräumen und auf eine prozessuale Einklagung und richterliche Feststellung seiner Schuld verzichten; die Zwangsvollstreckung aber, die der Gläubiger in diesen Fällen betreiben kann, ist keine private, sondern an die Mitwirkung von Gerichtsvollzieher oder Gericht gebunden,[23]) stellt also keine Eigenmacht des Gläubigers dar.

20) Preuß. Ges. v. 1. 4. 80 § 80—86. 21) Sächs. Gb. 488.
22) Gierke 1 S. 339. 23) ZPO. 702.

II. Eine eigenmächtige Rechtsausübung oder Rechtssicherung, die nach den eben entwickelten Regeln erlaubt ist, ist eine rechtmäßige Handlung. Nicht genug also, daß sie straflos ist und keine Verpflichtung zum Schadensersatze nach sich zieht. Vielmehr ist jedem Dritten der Widerstand gegen eine solche Handlung verboten: gegen erlaubte Eigenmacht hat der Gegner kein Recht der Notwehr oder des Notangriffs.

III. 1. Umgekehrt, eine eigenmächtige Rechtsausübung oder Rechtssicherung, die nach den eben entwickelten Regeln nicht erlaubt ist, ist eine rechtswidrige Handlung. Mag auch dem Handelnden das materielle Recht, welches er ausüben oder sichern will, in Wirklichkeit zustehn, — dadurch daß er eigenmächtig vorging, hat er sich formell ins Unrecht gesetzt. Deshalb darf sein Gegner wider ihn zur Notwehr schreiten.

Beispiel. Ein Mieter will in die ihm zum 1. April vermietete Wohnung am richtigen Ziehtage einziehen; ohne jeden Grund verweigert ihm der Vermieter den Eintritt in die Wohnung; der Mieter ist durchaus im Recht, der Vermieter im Unrecht; da will sich der Mieter den Eintritt in die Wohnung mit Gewalt erzwingen, und der Vermieter vermag ihn daran nur zu hindern, indem er ihn schwer verletzt; jetzt ist der Vermieter im Recht, der Mieter im Unrecht.

2. a) Hat der Berechtigte, indem er unbefugterweise zur Eigenmacht griff, schuldhaft gehandelt, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

b) Die gleiche Verpflichtung hat der, welcher ein angebliches Notangriffsrecht[24]) oder ein angebliches Privatpfändungsrecht[25]) gebraucht hat, welches ihm in Wahrheit garnicht zustand, auch dann, wenn er nicht schuldhaft, sondern etwa in einem entschuldbaren Irrtum gehandelt hat; doch ist dabei vorausgesetzt, daß er zurechnungsfähig war.

3. Nach der Rezeption hat zeitweilig der römische Grundsatz, daß, wer ein Recht durch verbotene Eigenmacht ausübt, das Recht selbst endgültig verwirkt, auch bei uns gegolten[26]). Die neuere Gesetzgebung hat diesen überaus strengen Grundsatz wieder beseitigt.

3. Rechtsausübung im Prozeß.

§ 79.

1. a) Die Ausübung eines Rechts im Prozesse geschieht meistens durch einen prozessualen Angriff des Berechtigten gegen den Verpflichteten, namentlich durch Erhebung einer Klage.

b) Sie kann aber auch verteidigungsweise geschehen. Der Angegriffene kann sich nämlich nicht bloß dadurch verteidigen, daß er das wider ihn geltend gemachte Recht bestreitet, also einfach behauptet, das Recht sei garnicht vorhanden, sondern auch dadurch, daß er ein Gegenrecht

24) RGB. 231. 25) Pr. LR. I, 14 § 462.
26) Windscheid 1 § 123.

für sich in Anspruch nimmt, kraft dessen er dem eingeklagten Rechte, vorausgesetzt, daß es überhaupt vorhanden ist, den Gehorsam verweigern darf. Diese letztere Art der Verteidigung heißt im Sprachgebrauch des Reichsgesetzbuchs Einrede. — Der praktische Unterschied zwischen dem Bestreiten des gegnerischen Rechts und der Verteidigung durch Einrede ist folgender: giebt der Kläger selber Umstände zu, aus denen hervorgeht, daß das von ihm geltend gemachte Recht ihm gar nicht zusteht, so ist es überflüssig, daß der Beklagte das Recht seinerseits noch besonders bestreitet; vielmehr wird der Kläger in jedem Falle abgewiesen; giebt dagegen der Kläger Umstände zu, aus denen das Vorhandensein eines stärkeren Gegenrechts des Beklagten hervorgeht, so ist ihm das zunächst unschädlich; vielmehr wird das Gegenrecht des Beklagten nur berücksichtigt, wenn der Beklagte sich durch Einrede darauf besonders beruft.

2. Die meisten Rechte können sowohl durch Klage (oder sonstige Angriffsmittel) als auch durch Einrede geltend gemacht werden. Doch giebt es Ausnahmen.

a) Manche Rechte sind nur durch Klage auszuüben; dies gilt z. B. für den Ehemann, der ein von seiner Ehefrau geborenes Kind nicht als das seinige anerkennen will.[1])

b) Umgekehrt sind manche Rechte nur durch Einrede geltend zu machen; es sind dies Rechte, die ihrem Inhalte nach auf eine bloße Abwehr des eingeklagten Rechts gehen, z. B. das Recht des Bürgen auf Vorausklage gegen den Hauptschuldner, ferner das Zurückbehaltungsrecht u. s. w.

c) Endlich giebt es Rechte, die im Prozeßwege überhaupt nicht geltend gemacht werden dürfen, z. B. das Recht der Braut gegen den Bräutigam auf Erfüllung des Eheversprechens.[2])

3. Wer ein Recht durch Klage oder Einrede geltend macht, muß den Thatbestand darlegen, aus welchem hervorgeht, daß das Recht ihm wirklich zusteht. Doch braucht er den Thatbestand nicht zu erschöpfen, sondern kann sich auf die Angabe derjenigen Thatbestandsstücke beschränken, aus welchen bei regelmäßigem Gang der Dinge hervorgeht, daß er das Recht erworben hat. Sache der anderen Partei ist es dagegen, darzulegen, entweder daß der Gang der Dinge kein regelmäßiger gewesen und deshalb der Gegner ausnahmsweise das Recht nicht erworben habe, oder aber, daß der Gegner das Recht nachträglich wieder verloren habe; damit erhebt sie nicht etwa eine Einrede; sondern, trotz der positiven Form ihrer Ausführungen bestreitet sie das gegnerische Recht; ein derartiges positives Bestreiten mag — um den Gegensatz gegen das Geltendmachen einer „Einrede" hervorzuheben — als Geltendmachen eines Einwandes bezeichnet werden.

Beispiel. A. hat schriftlich anerkannt, dem B. 1000 Mk. schuldig zu sein, und C. hat sich gleichfalls schriftlich für diese Schuld verbürgt. Wenn B. den C. verklagen will, genügt es,

1) RGB. 1596. 2) RGB. 1297.

daß er sich auf diese Thatsachen beruft. Dagegen kann C. sich verteidigen, 1. indem er seine Verpflichtung bestreitet, und zwar α) in negativer Form, etwa so, daß er die Echtheit seiner Unterschrift unter dem Bürgschaftsschein ableugnet, oder β) positiv, etwa so, daß er den „Einwand" erhebt, er sei bei Ausstellung des Bürgschaftsscheins noch minderjährig gewesen oder er habe die Schuldsumme bereits bezahlt; 2. kann C. sich auch verteidigen, indem er die Bürgschaftsschuld zugiebt, aber „einredeweise" ein Gegenrecht in Anspruch nimmt, z. B. das der Vorausklage, der Verjährung.

4. Die Thatsachen, die eine Partei darzulegen hat, muß die Partei, falls der Gegner sie bestreitet, auch beweisen. Nur wenn für eine dieser Thatsachen eine „Vermutung" spricht, ist sie der Beweislast ledig, und Sache des Gegners ist es, die Unrichtigkeit der Thatsache nachzuweisen.[3])

5. Die Ausübung eines Rechts im Prozeß — namentlich die Thatsache, daß wegen eines Rechtes Klage erhoben oder ein Recht durch Einrede geltend gemacht ist, — ändert vielfach Inhalt und Wirkung des Rechts. Noch bedeutsamer ist es, wenn über ein Recht ein rechtskräftiges Urteil ergeht. Von alledem ist aber zusammenhängend nur im Prozeßrecht zu handeln. Bloß einige Einzelheiten sind auch in dieser Darstellung an geeignetem Orte zu erwähnen, z. B. in der Lehre von der Verjährung, vom Eigentumsanspruch.

Zusatz zu § 77—79. Für die Rechtsausübung ist grundsätzlich das Gesetz maßgebend, welches am Orte und zur Zeit der Ausübung gilt; so ist z. B. die Frage, ob ein Gläubiger wegen einer Forderung, die vor 1900 entstanden ist und französischem Recht unterliegt, von 1900 ab in Deutschland zur Selbsthülfe greifen darf, nach dem RGB. zu entscheiden. Nur in einigen wenigen Beziehungen kommt das Gesetz zur Anwendung, welches für das Recht, um dessen Ausübung es sich handelt, im Allgemeinen gilt, z. B. für die Frage, welches von mehreren widerstreitenden Rechten vor den andern den Vorzug hat, ferner für die Frage, ob für einen bestimmten rechtlichen Thatbestand die Vermutung streitet.

---

3) Z. B. RGB. 1591 Abs. 2.

Zweites Buch.

Das Recht der Forderungen.

Erster Abschnitt.

Das Recht der Forderungen im allgemeinen.[1]

Einleitung.

§ 80.

Forderung, Obligation, obligatorisches Recht nennen wir ein Recht, wenn es bloß relativ zwischen einzelnen, von einander verschiedenen Personen wirksam ist. Den Inhaber des Rechts nennen wir Gläubiger; die durch das Recht verpflichtete Person heißt Schuldner.

1. a) Hiernach bildet das Hauptkennzeichen der Forderung ihre Relativität, und ihr Hauptgegensatz ist das gegen jedermann wirksame absolute Recht.[2])

b) Ein zweites Kennzeichen der Forderung ist, daß sie zwischen verschiedenen Personen wirksam ist. Hierdurch wird die Forderung von anderen, gleichfalls relativen Rechten unterschieden, nämlich von den Rechten, welche den Gesellschaftern oder Körperschaftsmitgliedern gegen die Gesellschaft oder Körperschaft, der sie angehören, zustehen; denn bei diesen Rechten stehen sich Rechtsinhaber und Verpflichtete nicht als verschiedene Personen, sondern als Teil und Ganzes gegenüber.

Der doppelt hier besprochene Gegensatz spiegelt sich am deutlichsten in fol-

---

1) Unterholzner, Schuldverhältnisse, 2 Bde. (40); Savigny, Obligationenrecht 2 Bde. (51, 53 unvollendet); Ryck, Lehre v. d. Schuldverhältnissen (89).

2) Siehe oben § 15.

gender freilich von Ausnahmen durchbrochener Regel wieder: im Konkurse des Verpflichteten werden absolute Rechte ganz, Forderungen teilweise, Mitgliedsrechte garnicht berücksichtigt.

2. Mit der soeben gegebenen Begriffsbestimmung ist das eigentümliche Wesen der Forderung erschöpfend bestimmt. Allerdings kann man noch weiter hinzufügen: die Forderung sei auf eine Leistung des Verpflichteten gerichtet. Indes ist damit nichts gesagt, was gerade der Forderung eigentümlich wäre. Vielmehr gilt bei jedem anderen Rechte das Gleiche. Denn auch z. B. das Eigentum ist, wie eine genaue Analyse seines Inhalts ergiebt, lediglich auf Leistungen anderer Personen gerichtet.[3]) Freilich sind diese Leistungen negativer Art; sie bestehen in der Unterlassung jeder Störung des Eigentümers. Allein auch bei den Forderungen ist es unzweifelhaft, daß sie auf eine bloß negative Leistung des Schuldners, auf eine bloße Unterlassung gerichtet werden können.[4])

Auf eine positive Leistung geht z. B. die Forderung gegen den Kaufmann, der die Lieferung einer Ware, gegen den Arzt, der eine Operation, gegen die Amme, die das Stillen eines Kindes übernommen hat. Dagegen geht auf eine bloße Unterlassung z. B. die Forderung gegen einen Fabrikdirektor, der sich bei seiner Dienstentlassung verpflichtet hat, die Geschäftsgeheimnisse der vormals von ihm geleiteten Fabrik nicht zu verraten, oder einen Gärtner, der einem Nachbarn verspricht, seinen Garten nicht mit Häusern zu bebauen.

3. Im römisch-gemeinen[5]) und im sächsischen[6]) Recht durfte eine Forderung nur auf eine geldwerte oder für Geld zu beschaffende Leistung gehen. Das preußische Landrecht[7]) und das Reichsgesetzbuch[8]) hat diese Bestimmung stillschweigend beseitigt. Es ist deshalb möglich, daß der jüngere Bruder dem älteren rechtsverbindlich verspricht, täglich zwei Stunden spazieren zu gehen und nicht Karten zu spielen; und der ältere Bruder ist alsdann befugt, den jüngeren auf Erfüllung dieses seines Versprechens zu verklagen. Allerdings ist dabei vorausgesetzt, daß das Versprechen nicht bloß ein ernstliches, sondern auch ein juristisches gewesen, also in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben worden ist; und thatsächlich wird diese Voraussetzung gerade bei dem Versprechen einer nicht geldwerten Leistung nur sehr selten zutreffen. Indes ist das eine Frage, die für jeden Einzelfall durch Auslegung der Parteierklärungen beantwortet werden muß, also eine That-, keine Rechtsfrage. Und bei einem Versprechen, das auf eine geldwerte Leistung geht, kann ja die Absicht rechtlicher Verpflichtung ebensogut fehlen, z. B. wenn ich auf einer Gesellschaft einem Geigenspieler verspreche, mir für sein nächstes Konzert ein Billet zu kaufen.

4. a) Ein Versprechen, welches, wie eben angedeutet, nicht in rechtlich verpflichtender Absicht abgegeben wird, begründet keine „Forderung" zu Gunsten des Versprechensempfängers, keine „Schuld" zu Lasten des Versprechenden. Es

3) Siehe oben S. 122. 4) RGB. 241.
5) L. 9 § 2 D. 40, 7, Dernburg 2 § 17[6]; abw. Jhering, Jahrb. f. Dogm. 18 S. 1.
6) Sächs. Gb. 662.
7) Abw. Dernburg, preuß. Privatr. 2 § 21[4].
8) Siehe RGB. 241, Motive 2 S. 3.

kann aber, wenn es ernstlich abgegeben, eine sittliche Verpflichtung des Versprechenden begründen. In ähnlicher Art findet sich eine rein sittliche Verpflichtung noch in anderen Fällen; wenn z. B. ein Mann ein unehelich geborenes Kind als das seinige erkennt, so ist er sittlich verpflichtet, dem Kinde nach Verhältnis seiner Vermögenskräfte Unterhalt zu gewähren, mag er auch, weil die Mutter des Kindes in der Empfängniszeit noch mit anderen Männern verkehrt hat, rechtlich nicht dazu verpflichtet sein.

b) Wenn schon das Gesetz eine bloß sittliche Verpflichtung scharf von einer rechtlichen Verpflichtung scheidet und namentlich eine Klage auf Erfüllung jener Verpflichtung nicht zuläßt, knüpft es doch einige rechtliche Wirkungen an sie: eine „bloß sittliche" Verpflichtung ist also rechtlich keineswegs einer Nicht-Verpflichtung gleichgestellt. So kann, wer eine bloß sittliche Verpflichtung freiwillig erfüllt hat, das Geleistete nicht etwa als nicht geschuldet zurückfordern. Ferner wird eine Schenkung, welche in Erfüllung einer sittlichen Pflicht, z. B. aus Dankbarkeit geschah, anders behandelt als eine völlig freie Schenkung.[9])

5. Die Forderungen können, wie die übrigen Rechte auch, durch Klage geltend gemacht werden. Nur die verjährten Forderungen bilden insofern eine Ausnahme, als der Schuldner die Klage aus ihnen durch eine Einrede abwehren kann.[10]) Dagegen darf man „rein sittliche" Ansprüche nicht hierher zählen und etwa mit den verjährten Forderungen unter dem gemeinsamen Namen „klaglose" oder „Naturalobligationen" zusammenfassen; denn diese Ansprüche sind überhaupt keine Forderungen im Rechtssinn, während verjährte Forderungen trotz der Verjährung gültige Forderungen bleiben; deshalb kann ja, wie schon erwähnt, die Erfüllung eines rein sittlichen Anspruchs als Schenkung (wenn schon als eine Schenkung eigentümlicher Art) angesehen werden, während die Erfüllung einer verjährten Forderung niemals Schenkung ist.

6. „Gegenstand" der Forderung ist die dem Schuldner obliegende Leistung. Nur wenn der Schuldner seine Gesamtpersönlichkeit der Herrschaft des Gläubigers unterwirft, wie z. B. der Dienstbote gegenüber dem Dienstherrn, kann man als Gegenstand der Forderung die Person des Schuldners bezeichnen.[11])

7. Das Recht der Forderungen durchbringt das ganze Privatrecht. So finden wir im Sachenrecht eine Forderung des Eigentümers gegen den dritten Besitzer der Sache auf Herausgabe verzehrter Früchte, im Familienrecht eine Forderung der Ehefrau gegen ihren Mann auf Ersatz verbrauchter Kapitalien, im Erbrecht eine Forderung des Vermächtnisnehmers gegen den Erben auf Herausgabe des Vermächtnisses u. s. w. Demnach unterliegt die

---

9) RGB. 814, 534. 10) Siehe oben S. 264.

11) Siehe oben S. 123. Die Frage ist streitig; siehe z. B. Brinz in Grünhuts Ztsch. 1 S. 11 (74); Sohm, ebend. 4 S. 457 (77); Schey, ebend. 9 S. 344 (81); Kohler, ebend. 14 S. 1 (87); Hartmann, Obligation (75); G. Rümelin, Arch. f. civ. Prax. 68 S. 152 (85); Brinz, ebenda 70 S. 371 (86).

hergebrachte Methode, das Recht der Forderungen als einen selbständigen, dem Familien- und Erbrecht koordinierten Abschnitt des Privatrechts zu behandeln, erheblichen Bedenken. In diesem Werke wird sie nur beibehalten, weil der Zweck dieses Werks, die Einführung in das neue Recht des Reichsgesetzbuchs, leichter erreicht wird, wenn wir uns möglichst der alten Systematik anschließen.

8. Schon das altdeutsche Recht kennt die Rechtskategorie der Forderung und hat sie auch von der Kategorie des dinglichen Rechts bestimmt unterschieden. Mit voller Schärfe ist aber die Unterscheidung erst seit der Rezeption durchgeführt. Eine nähere Ausführung dieser rechtsgeschichtlichen Frage soll unten in der Einleitung zum Sachenrecht gegeben werden.[12])

I. Die Begründung der Forderungsrechte.

1. Die verschiedenen Begründungsarten.

§ 81.

1. Wir unterscheiden unter den Arten der Begründung von Forderungen zunächst:

a) die Begründung durch Rechtsgeschäft;

b) die nicht rechtsgeschäftliche Begründung, z. B. durch unerlaubte Handlung, durch ungerechtfertigte Bereicherung, durch auftraglose Führung fremder Geschäfte, durch familienrechtliche Verhältnisse (eheliche und außereheliche Vaterschaft u. dgl.), durch erbrechtliche Verhältnisse.

Auch eine Begründung von Forderungen durch eine Art Ersitzung ist denkbar; so nahm z. B. das preußische Recht an, daß, wenn jemand eine in Wirklichkeit gar nicht bestehende Kapitalschuld dreißig Jahr lang verzinst hat, der angebliche Gläubiger ein rechtsgültiges Forderungsrecht auf Kapital und Zins erwarb;[1]) das RGB. erkennt indes eine derartige Ersitzung von Forderungen nicht mehr an. Ebensowenig schließt sich das RGB der preußischen Regel[2]) an, daß eine zehnjährige Zahlung von Zinsen eine rechtliche Vermutung für die gültige Begründung der Kapital- und Zinsschuld schaffe.

2. Unter den eine Forderung begründenden Rechtsgeschäften sind wieder drei Arten zu unterscheiden.

a) Die wichtigste Art bilden die Verträge, z. B. Kauf, Miete, Gesellschaftsvertrag. Der Vertragsbegriff ist bereits in der allgemeinen Lehre von den Rechtsgeschäften bestimmt.[3])

---

12) Über das altdeutsche Forderungsrecht s. Heusler 2 S. 225; Stobbe, zur Gesch. des D. Vertragsrechts (55); Horten, Personalexekution (93 ff.); P. Puntschart, Schuldvertrag u. Treugelöbniß (96); Laband, vermögensrechtliche Klagen (69); Franken, französisches Pfandrecht im Ma. (79); v. Amira, nordgermanisches Obligationenrecht (82, 92).

1) Pr. LR. I, 11 § 839. 2) Pr. LR. I, 11 § 837.

3) Siehe oben S. 148.

b) Einseitiges Versprechen des Schuldners.

α) Soviel wir sehen, hat das ältere deutsche Recht keinen Anstand genommen, ein einseitiges Versprechen des Schuldners, wenn es nur in der rechten Form abgegeben war, für vollgültig und rechtsverbindlich zu erklären.[3]) Erst seit der Rezeption ist bei uns die entgegengesetzte römische Regel durchgedrungen. Auch das neuere Recht hat an ihr festgehalten und sogar die von den Römern gemachten Ausnahmen, namentlich die Gültigkeit der zu Gunsten einer Stadtgemeinde einseitig erklärten pollicitatio, stillschweigend beseitigt.[4]) Dafür hat dann freilich das neuere Recht die römische Regel durch andere den Römern nicht bekannte Ausnahmen durchbrochen, nämlich bezüglich der Auslobungen und der durch Wertpapiere verbrieften Forderungen.[5])

β) Aus der römischen Regel von der Unverbindlichkeit des einseitigen Versprechens folgt, daß auch der Antrag zum Vertragsschluß solange, als er nicht vom Antragsempfänger angenommen und dadurch zu einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte ausgestaltet ist, eine Forderung des Antragsempfängers nicht begründet. Das nimmt denn auch das heutige Recht an. Nur gingen die Römer noch weiter und gestatteten dem Antragsteller, seinen Antrag bis zur erfolgten Annahme beliebig zu widerrufen. Unser Recht erklärt dagegen den Antrag während der Annahmefrist im Zweifel für unwiderruflich.[6]) Der einseitige Antrag begründet also zwar keine Forderung des Antragsempfängers und demgemäß auch keine obligatorische Verpflichtung des Antragstellers; aber er nimmt dem Antragsteller die Fähigkeit, seinen Antrag während der Annahmefrist ohne Zustimmung des Antragsempfängers zu ändern oder ganz zurückzunehmen. Der einseitige Antrag als solcher verpflichtet also den Antragsteller nicht, aber er „bindet" ihn; der Antragsteller muß „beim Worte" bleiben.[7])

Daß wir eine „Gebundenheit des Antragstellers an sein Wort" von seiner „Verpflichtung aus dem Wort" unterscheiden, mag auf den ersten Blick willkürlich erscheinen. Indes kommt eine „Gebundenheit an das Wort" auch in solchen Fällen vor, wo eine Verpflichtung aus dem Wort absolut ausgeschlossen ist; so z. B. bei Inhaberpapieren, die der Aussteller verloren hat, in der Zwischenzeit, bis sie in die Hand eines rechtmäßigen Besitzers kommen; ferner bei einem Testamente, wenn der Testator nach der Errichtung geisteskrank geworden ist.

c) Einseitige Rechtsgeschäfte anderer Art, also Rechtsgeschäfte, die nicht in einem einseitigen Versprechen des Schuldners, sondern in der einseitigen Willenserklärung einer anderen Person bestehen, begründen eine Forderung namentlich in dem Falle, daß ein Erblasser seinen zukünftigen Erben

---

3) Siehe Stobbe 3 § 171; anders v. Wolff, bindende Kraft des einseitigen Versprechens (89) S. 34.

4) Pr. LR. I, 5 § 5; sächs. Gb. 770; RGB. 305.

5) Siehe unten im zweiten Abschn. des zweiten Buchs.

6) Siehe oben S. 167.

7) Siehe Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (73).

im Testament oder der Gründer einer juristischen Person diese seine Schöpfung in der Gründungsurkunde mit einer obligatorischen Verpflichtung belastet.

2. Die Form der obligatorischen Rechtsgeschäfte.

§ 82.

I. Älteres Recht.

1. Nach ältestem deutschem Recht wird der Schuldner durch sein bloßes Wort rechtlich nicht verpflichtet. Vielmehr ist für den Schuldner verpflichtend nur seine That. Wer also aus einem Vertrage einen Anspruch herleiten will, muß seine Klage auf eine Handlung des Schuldners gründen, nämlich darauf, daß dieser die von ihm versprochene Leistung bereits vollzogen habe, oder darauf, daß er die laut Abrede vom Gläubiger zu vollziehende Gegenleistung seinerseits angenommen habe [1]), oder endlich darauf, daß er für die ihm obliegende Leistung ein Pfand (wadium, Wette) gegeben habe. Man kann die beiden ersten Fälle unter dem Namen „Realverträge" zusammenfassen, den dritten aber als „Wettvertrag" (wadiatio) bezeichnen. Ein reiner Formalvertrag nach Art der römischen stipulatio oder ein formloser Konsensualvertrag ist dem ältesten deutschen Rechte unbekannt. [2])

2. Schon in fränkischer Zeit hat sich dann ein reiner Formalvertrag entwickelt und zwar dadurch, daß der Wettvertrag sein ursprüngliches Wesen verändert: es wird nämlich gestattet, als Pfand eine wertlose Sache, ein bloßes Symbol, z. B. einen Stab (festuca) zu geben; auch der schriftliche Vertrag vermag nun Eingang zu finden, indem die Urkunde als ein Scheinpfand oder Vertragssymbol aufgefaßt wird [3]); demgemäß ist nicht die Ausstellung der Urkunde entscheidend, sondern die traditio chartae, die Thatsache, daß der Schuldner dem Gläubiger die Urkunde übergiebt. Oder es fällt auch die Übergabe eines Scheinpfandes fort, und ganz andere Formalitäten — das Versprechen mit Fingern und Zungen, der Handschlag u. s. f. — treten an deren Stelle. [4]) Auch kann der Schuldner statt des Pfandes ein Handgeld geben, welches entweder von den Parteien und ihren Zeugen vertrunken wird (Weinkauf, Litkauf) oder aber an eine Kirche oder Stiftung fällt (Gottespfennig). [5]) Das deutsche Vertragssystem beruht nunmehr auf der Unterscheidung von Real-

---

1) Siehe Lüb. Recht (Hach) III. c. 322 mit dem Zusatz Anm. 7.

2) Sohm, Eheschließung S. 24 (75); Stobbe, Reurecht u. Vertragsschluß, Ztsch. f. RGesch. 13 S. 209 (78); Franken, Gesch. d. franz. Pfandrechts 1 S. 209 (79). Abw. z. B. Gerber 16 Aufl. § 159.

3) Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde I S. 66.

4) Über das „Treugelöbnis" des mittelalterlichen Rechts siehe besonders Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis (96).

5) Z. B. Augsburger Stadtrecht c. 125.

und Formalverträgen als der beiden Hauptarten und der Einteilung der Formalverträge in verschiedene Unterarten (Erklärung mit Fingern und Zungen, Vertrag mit Angeld u. s. f.) Ein Konsensualvertrag ist noch immer unbekannt.[6])

3. Eine große Änderung trat mit der Rezeption des römischen Rechts ein.[7]) Freilich nicht in dem Sinne, daß die römischen Vertragsformen bei uns rezipiert worden wären: das war bei der Stipulation von vorneherein ausgeschlossen, weil ihre Übertragung auf den deutschen Rechtsverkehr einfach lächerlich gewesen wäre; aber auch der römische Realkontrakt vermochte bei uns nicht dauernd einzudringen. Wohl aber war ein negativer Erfolg erzielt: während die römischen Formen selber bei uns keinen Eingang fanden, haben sie die deutschen Formen aus dem Lande getrieben. Und da nun weder der römische noch der deutsche Formenschatz mehr Geltung hatte, trat als Lückenbüßer die Regel ein: auch der formlose Vertrag ist verbindlich. Was die Römer bloß für einige wenige Verträge anerkannt hatten, (nämlich für die Konsensualverträge und gewisse pacta) galt nunmehr für alle obligatorischen Rechtsgeschäfte. Nur einige wenige Ausnahmen wurden in Anknüpfung an römische Regeln gemacht, namentlich für Schenkungen und Testamente.

4. So war das gemeine deutsche Recht bei dem Grundsatz der Formlosigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts angelangt. Landesrechtlich ward aber vielfach der Versuch gemacht, diesen Grundsatz auf minder wichtige Geschäfte einzuschränken. Namentlich für Rechtsgeschäfte über Liegenschaften ward sehr oft schriftlicher oder gerichtlicher Abschluß vorgeschrieben.[8]) Noch weiter ging das preußische und französische Recht. Ersteres versagte mit wenig Ausnahmen einem Vertrage, dessen Gegenstand mehr als 150 Mark Wert hatte, die Klagbarkeit, wenn er bloß mündlich abgeschlossen war, und erklärte alle neben einem schriftlichen Vertrage getroffenen mündlichen Nebenabreden für ungültig.[9]) Letzteres bestimmte, daß mündliche Verträge, deren Gegenstand mehr als 150 Francs wert war, durch Zeugen nicht bewiesen werden konnten.[10]) Die neuesten Gesetze lenkten aber wieder in die Bahnen des gemeinen Rechts ein. Namentlich verkündete das sächs. bürgerl. Gesetzbuch und für Handelsgeschäfte auch das Handelsgesetzbuch den Grundsatz der Verbindlichkeit und vollen Klagbarkeit eines formlosen Vertrages von neuem; auch wurde das französische Verbot des Zeugenbeweises bei mündlichen Verträgen von mehr als 150 Francs Wert durch die Zivilprozeßordnung aufgehoben.[11])

II. Auch das Reichsgesetzbuch schließt sich dem gemeinrechtlichen

6) Abw. Stobbe 3 § 165[8] wegen Ssp. I, 7.
7) L. Seuffert, z. Gesch. der oblig. Verträge (81).
8) Roth 3 § 258[12].
9) Pr. LR. I, 5 § 131, 155, 128.
10) c. c. 1341.
11) Sächs. b. Gb. 821, HGB. 317, EG. zur ZPO. § 14 Nr. 2.

Grundsatz an: das obligatorische Rechtsgeschäft ist ohne Rücksicht auf die Größe seines Gegenstandes auch bei formlosem Abschluß verbindlich und klagbar.

1. Doch macht auch das Reichsgesetzbuch von diesem Grundsatz Ausnahmen. Und zwar sind seine Ausnahmen zahlreicher und praktisch bedeutsamer als die des gemeinen Rechts und auch, natürlich von Preußen abgesehen, als die der bisherigen Landesrechte. In einigen Beziehungen ist das Reichsgesetzbuch sogar strenger als das preußische Recht, z. B. darin, daß es für die Grundstücksveräußerung gerichtlichen oder notariellen Vertrag fordert, während Preußen es bei einem privatschriftlichen Vertrage bewenden ließ. [12])

a) Bei manchen Verträgen muß wenigstens eine Partei ihre verpflichtende Erklärung schriftlich abgeben, nämlich der Bürge, der Rentenschuldner sowie der, welcher eine vom Schuldgrunde unabhängige Verpflichtung eingeht oder ein Schuldverhältnis als bestehend anerkennt. [13])

b) Bei Miets- und Pachtverträgen über ein Grundstück, die auf eine längere Zeit als ein Jahr gelten sollen, müssen beide Parteien ihre Erklärungen schriftlich abgeben. [14])

c) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist für die Erklärung einer Vertragspartei vorgeschrieben bei der auf eine zukünftige Leistung gerichteten Schenkung. [15])

d) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist für die Erklärungen beider Vertragsparteien vorgeschrieben bei folgenden vier Verträgen: 1) dem Vertrage, durch den sich jemand zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet; für Verträge, die nur auf die Verpfändung oder sonstige Belastung eines Grundstücks gehen, gilt dies nicht; 2) dem Vertrage, durch den jemand sein Vermögen ganz oder zu einem Bruchteile veräußert oder mit einem Nießbrauch belastet; 3) dem Vertrage, welchen künftige Erben über ihren gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil schließen; 4) dem Erbschaftskauf. [16])

e) Andere Formen sind für Testament, Erbvertrag und Schenkung von Todeswegen vorgeschrieben. Sie sind im Erbrecht zu erwähnen.

f) Dazu kommen noch einige Formvorschriften, welche durch andere Reichsgesetze oder auf dem Gebiete der vorbehaltenen Materien durch Landesgesetze aufgestellt sind. Als Beispiel sei erwähnt, daß gewisse Abmachungen der Dienstherrn mit Fabrikarbeitern und Bergleuten nur gültig sind, wenn sie in die schriftliche „Arbeitsordnung“ aufgenommen werden, sowie daß ein Gesinde-Dienstvertrag nur durch schriftlichen Vertrag oder Hingabe einer Draufgabe abgeschlossen werden kann. [17])

---

12) Pr. LR. I, 10 § 17.

13) RGB. 766, 761, 780, 781.

14) RGB. 566, 581 Abs. 2. 15) RGB. 518.

16) RGB. 313, 311, 312 Abs. 2, 2371.

17) RGew.Ordn. 134c Abs. 2; preuß. Ges. v. 24. 6. 92 § 80e Abs. 2; preuß. Gesindeordn. v. 8. 11. 1810 § 22, 23.

g) Von besonderer Art ist die Regel, daß Anweisungen, Inhaberpapiere u. dgl. schriftlich ausgestellt sein müssen.

2. Ist die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beobachtet, so ist das Rechtsgeschäft unverbindlich.[18]) Doch wird es in einigen Fällen nachträglich gültig, wenn der Schuldner seine Verpflichtung freiwillig erfüllt; dies gilt namentlich für die Bürgschaft und das Schenkungsversprechen; auch der auf Übereignung eines Grundstücks gerichtete Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach trotz Verletzung der vorgeschriebenen Form gültig, sobald das Grundstück dem Erwerber aufgelassen und auf dessen Namen im Grundbuch umgeschrieben ist.[19]) Andere verwandte Regeln werden im Laufe der Darstellung zu erwähnen sein.

3. Im übrigen ist auf die Darstellung der rechtsgeschäftlichen Formen im allgemeinen Teile dieses Werkes zu verweisen.[20])

3. Vorverträge.[1])

§ 83.

1. Von den Vorverhandlungen, welche vielfach dem endgültigen Abschluß eines Rechtsgeschäfts vorausgehen, ist schon im allgemeinen Teil gesprochen worden.[2]) Hier ist nur noch des eigentlichen „Vorvertrages" zu gedenken, d. h. eines Vertrages, in welchem sich die Parteien zum Abschluß eines künftigen Vertrages verpflichten. Solch ein Vorvertrag bedarf der gleichen Form wie der künftige Vertrag. Er muß alle wesentlichen Punkte des künftigen Vertrages soweit angeben, als dies der künftige Vertrag, um gültig zu sein, selber thun muß. Aus dem Vorvertrage erwächst für jede Partei das Recht, von der Gegenpartei die Mitwirkung beim Abschluß des künftigen Vertrages zu fordern. Daraufhin kann jede Partei die andere auch verklagen; und auch das Urteil ergeht alsdann dahin, daß die Partei zum Abschluß des künftigen Vertrages angehalten werde. Dagegen kann auf die Erfüllung des künftigen Vertrages nicht sofort geklagt werden, weil der Vertrag ja eben noch nicht abgeschlossen ist. Ob gegen die Partei, welche ihre Mitwirkung verweigert, eine Klage auf Schadensersatz zulässig ist, bestimmt sich nach allgemeinen Regeln.[3])

2. Sehr oft bestimmen die Parteien im Vorvertrage, daß der künftige Vertrag eine bestimmte Form haben und über gewisse Punkte ausdrückliche Festsetzungen treffen soll. Auch diese Vereinbarung ist beiderseits verpflichtend. Können die Parteien sich über den Inhalt der zu treffenden Festsetzung nicht einigen, so ist der Streit nach richterlichem Ermessen zu schlichten.

---

18) Siehe oben S. 188.
19) RGB. 766, 518 Abs. 2, 313.
20) Siehe oben S. 175 ff.
1) Degenkolb, Begriff der Vorverträge (71); Adler, Jahrb. f. Dogm. 31 S. 190 (92).
2) Siehe oben S. 171. 3) Siehe unten S. 345, 2.

3. Verschieden vom Vorvertrage ist die Punktation.[4]) Entweder ist sie ganz unverbindlich; dann ist sie schwächer als ein Vorvertrag. Oder sie ist derart verbindlich, daß sie, wenn die Parteien sich über die offen gelassenen Punkte nicht einigen, sofort einen fertigen Vertrag darstellt, mithin eine Ergänzung durch einen künftigen Vertrag nicht absolut nötig hat; dann ist sie stärker als ein Vorvertrag.

Beispiel. A. verspricht dem B. eine Stelle als Buchhalter in seinem Geschäfte, vom 1. April ab. 1. Die Bedingungen sollen durch beiderseitige Vereinbarung festgestellt werden. 2. Die Bedingungen sollen in gleicher Art wie bei den übrigen Buchhaltern durch schriftlichen Vertrag festgestellt werden. 3. Die näheren Bedingungen sind die gleichen wie bei den übrigen Buchhaltern; ob B. Prokura erhalten wird, soll noch durch beiderseitige Vereinbarung festgestellt werden. Zu 1: unverbindliche Punktation. Zu 2: Vorvertrag. Zu 3: verbindliche Punktation.

II. Inhalt der Forderungsrechte.

1. Bestimmung des Inhalts der Forderungsrechte im allgemeinen.

§ 84.

I. Bei rechtsgeschäftlichen Forderungen erfolgt die Bestimmung des Inhalts durch das Rechtsgeschäft selbst. Bereits oben ist festgestellt, daß ein Rechtsgeschäft, welches hierzu ungeeignet ist, weil es über einen wesentlichen Punkt keine Bestimmung enthält, der Nichtigkeit verfällt. [1])

II. Das Rechtsgeschäft kann aber seine Bestimmungen auch bloß mittelbar treffen, d. h. es kann sie von irgend einem äußeren Ereignisse abhängig machen. Damit wird es zu einem bloßen Blankett, welches erst durch das entscheidende Ereignis ausgefüllt wird. Doch muß das Rechtsgeschäft seinen zukünftigen Inhalt wenigstens soweit bestimmen, daß der Schuldner seine dereinstige Pflicht zu übersehen und abzuschätzen vermag; denn andernfalls würde der Schuldner, indem er auf das Geschäft einginge, seine Freiheit in unsittlicher Weise preisgeben.

Ungültig wäre es z. B., wenn A. dem B. ein Darlehn in jeder beliebigen von B. willkürlich zu bestimmenden Höhe zusagte oder wenn C. dem D. verspräche, ihm alle Waren, welche C.s Konkurrenten führten, 10% billiger zu liefern als diese.

III. Der häufigste Fall eines Blankett-Rechtsgeschäfts, welches der Ausfüllung durch ein späteres Ereignis bedarf, ist ein Vertrag, dessen Inhalt erst durch die einseitige Entscheidung einer der Vertragsparteien die erforderliche Bestimmtheit erhalten soll. Wir unterscheiden drei Arten solcher Verträge.

1. Es wird nicht eine einzige, sondern eine Mehrheit von Leistungen des

4) Siehe oben S. 171.

1) Siehe oben S. 171.

Schuldners im Vertrage bezeichnet; doch soll der Schuldner nur zu einer dieser Leistungen verpflichtet sein; zu welcher, soll er selber oder soll der Gläubiger bestimmen [2]) (Alternativobligation.)

Beispiele. 1. A. kauft bei B. entweder einen Bechstein- oder einen Steinway-Flügel; 2. C. verspricht dem D., ihn entweder als Kutscher anzustellen oder ihm 1000 Mk. zu leihen; 3. E. mietet von F. eine Wohnung entweder zum 1. April oder 1. Juni oder 1. Juli.

a) Die Auswahl unter den mehreren Leistungen trifft im Zweifel der Schuldner; wenn der Gläubiger das Wahlrecht haben soll, muß dies besonders vereinbart werden.

b) Der Wahlberechtigte, gleichgültig, ob es der Schuldner oder der Gläubiger ist, darf seine Wahl rein egoistisch, rein willkürlich treffen. Dem Gegner steht eine Kritik der getroffenen Entscheidung nicht zu.

c) Die Wahl erfolgt durch eine formlose, einseitige Erklärung des Wahlberechtigten an die Gegenpartei. Sie ist, abweichend vom römischen, aber übereinstimmend mit dem preußischen Recht, [3]) unwiderruflich.

d) Im bisherigen Recht war es bestritten, welche Rechte der Gegner des Wahlberechtigten hat, wenn dieser die Wahl verzögert. Das Reichsgesetzbuch stellt jetzt folgende Regeln auf. Eine feste Frist für die Ausübung des Wahlrechts besteht nicht. 1) Demnach darf der Gläubiger, solange der wahlberechtigte Schuldner nicht gewählt hat, ihn nur alternativ auf eine der mehreren Leistungen verklagen und auch das Urteil kann nur alternativ gefaßt werden. Wenn es zur Zwangsvollstreckung kommt, kann der Gläubiger freilich nach eigner Wahl die Vollstreckung auf eine einzige der Leistungen richten; aber auch jetzt kann der Schuldner noch eine der anderen Leistungen gültig wählen, muß sich dann freilich zu deren sofortiger Vollziehung durch die That anbieten. Erst wenn der Gläubiger die von ihm selber gewählte Leistung durch die Zwangsvollstreckung wenigstens zum Teil thatsächlich erzwungen hat, erlischt das Wahlrecht des Schuldners endgültig. 2) Auch dem wahlberechtigten Gläubiger ist für sein Wahlrecht keine feste Frist gesetzt; erst wenn er in Annahmeverzug geraten, kann der Schuldner seinerseits ihm eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl stellen; läßt der Gläubiger die Frist verstreichen, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über.

Nach dem Wortlaut vom RGB. 295, 264 muß, wenn der Gläubiger wahlberechtigt ist, der Schuldner ihn zunächst durch eine erste Aufforderung in Annahmeverzug setzen und ihm dann durch eine zweite Aufforderung eine Frist zur Ausübung der Wahl stellen. Indes möchte ich meinen, daß er beide Aufforderungen verbinden kann. — Findet das Gericht, daß die vom Schuldner gestellte Frist, etwa von 24 Stunden, zu kurz bemessen gewesen sei, da sie vielmehr 3 Tage hätte betragen müssen, so kann der Gläubiger sich hierauf nur berufen, wenn er binnen der 3 Tage wirklich gewählt hat; die Fristsetzung des Schuldners ist also, trotz der

---

2) RGB. 262—265. Bernstein, z. Lehre vom alternativen Willen (78); ders., Ztschr. f. vergl. Rechtswissenschaft 2 S. 392 (79); Pescatore, die sog. alternative Obligation (80).

3) L. 26 § 13 D. 12, 6. Eccius 1 § 65 [19].

unangemessenen Kürze der bestimmten Frist, nicht ganz unwirksam gewesen, hat vielmehr die später vom Gericht für angemessen befundene Frist in Lauf gebracht.[4])

e) Hat der Berechtigte gewählt, so gilt die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete: die Forderung ist also nunmehr auf diese Leistung „konzentriert“. — Eine Konzentration der Forderung findet aber auch dann statt, wenn eine der geschuldeten Leistungen von vornherein unmöglich ist oder nachträglich unmöglich wird (während das preußische Recht in letzterem Falle dem Wahlberechtigten das Recht des Rücktritts gab[5]): die Forderung ist jetzt eben nur auf die übrige allein mögliche Leistung gerichtet; nur sie darf der wahlberechtigte Schuldner anbieten; nur sie darf der wahlberechtigte Gläubiger fordern. Doch gilt eine Ausnahme für den Fall, daß die nachträgliche Unmöglichkeit durch einen Umstand verursacht ist, den der Gegner des Wahlberechtigten zu vertreten hat. Alsdann kann nämlich der Wahlberechtigte seine Wahl gerade auf die unmöglich gewordene Leistung richten; das will besagen: 1. wenn der Schuldner wahlberechtigt ist, ist er frei; 2. wenn der Gläubiger wahlberechtigt ist, muß der Schuldner statt der Leistung Schadensersatz zahlen.

f) Bei gegenseitigen Verträgen sind beide Parteien Gläubiger und Schuldner und beider Leistungen können alternativ bestimmt sein; Beispiel: A. verkauft an B. entweder die Sache a zum Preise von x oder die Sache b zum Preise von y. Alsdann ist die Regel, daß im Zweifel der Schuldner wahlberechtigt sei, unanwendbar, weil sie ja auf beide Parteien paßt; vielmehr ist die Frage, welche Partei wahlberechtigt, nur nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden, beim Kauf z. B. meistens zu Gunsten des Käufers.[6]) — Steht fest, daß in unserm Beispiel B. wahlberechtigt ist, so kann A. ihn sowohl als Gläubiger wie als Schuldner behandeln; er kann also B. auffordern, sich binnen angemessener Frist darüber zu entscheiden, ob er a oder b haben will; er kann aber den B. auch alternativ auf Zahlung von x oder y verklagen, und in der Zwangsvollstreckung schließlich, indem er die Leistung von a anbietet, x beitreiben.

g) Der Alternativobligation mit Wahlbefugnis des Schuldners steht folgender Fall nahe: der Schuldner ist zu einer einzigen im Vertrage bezeichneten Leistung verpflichtet, kann aber, wenn er will, sich auch durch eine andere Leistung befreien.[7]) Doch zeigt bei genauerer Prüfung dieser Fall von dem der Alternativobligation folgende Unterschiede. 1. Der Gläubiger darf nur auf die im Vertrage bezeichnete Leistung klagen; nur sie wird im Urteil festgestellt; nur sie darf der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung beitreiben. 2. Wird die Vertragsleistung unmöglich, so wird die Obligation keineswegs auf die andere Leistung konzentriert, sondern letztere Leistung hängt nach wie vor vom freien Willen des Schuldners ab. 3. Dadurch, daß der Schuldner dem Gläubiger erklärt, statt der Vertragsleistung die andere Leistung vollziehen zu wollen, wird diese noch nicht geschuldet und die Vertragsleistung scheidet noch nicht aus der Obligation aus; wenn also die andere Leistung unmöglich wird, dagegen die Vertragsleistung möglich bleibt, wird der Schuldner nicht frei.

h) Die Wahlerklärung ist ein Rechtsgeschäft. Sie kann deshalb von dem Erklärenden wegen Irrtums, Zwangs u. s. w. angefochten werden; ist sie nicht ernstlich abgegeben, in der Meinung, der Mangel des Ernstes werde nicht verkannt werden, so ist sie nichtig.

2. Der Vertrag kann noch unbestimmter gehalten werden als bei der Alternativobligation, indem er der bestimmungsberechtigten Partei nicht bloß die

---

4) Siehe unten § 105 [25]. 5) Pr. LR. I, 11 § 33.
6) So ausdrücklich Pr. LR. I, 11 § 38.
7) So z. B. nach RGB. 251 Abs. 2.

Auswahl zwischen mehreren genau bezeichneten Leistungen überläßt, sondern ihr innerhalb gewisser Schranken die Bestimmung des Vertragsinhalts ganz frei giebt.[8])

Beispiele. 1. A. verpflichtet sich, dem B. in seiner augenblicklichen Not zu helfen, indem er ihn entweder als Kutscher bei sich anstellt oder ihm 1000 Mark leiht oder ihn sonst nach Lage der Umstände angemessen unterstützt. 2. C. kauft von D. irgend einen besonders guten Flügel zu 1500—2000 Mk.; aus welcher Fabrik der Flügel entnommen werden soll, möge D. bestimmen. 3. E. mietet bei F. eine Wohnung; der Beginn der Mietszeit hängt vom Gutdünken des E. ab.

a) Welche Partei die Bestimmung zu treffen hat, ist, wenn der Vertrag schweigt, nur im Einzelfall nach Lage der Umstände zu entscheiden. Eine Vermutung zu Gunsten des Schuldners stellt das Gesetz für diese Art von Verträgen nicht auf. Im Gegenteil wird für einen besonders wichtigen Fall das Bestimmungsrecht im Zweifel dem Gläubiger zugesprochen, für den Fall nämlich, daß der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung bestimmt werden soll.[9])

b) Die Bestimmung ist, anders als bei der Alternativobligation, im Zweifel nicht nach Willkür, sondern nach billigem Ermessen der bestimmungsberechtigten Partei zu treffen. Die Gegenpartei hat also das Recht, die Bestimmung, wenn sie unbillig ist, als unverbindlich zu verwerfen. Doch wird dadurch nicht etwa der ganze Vertrag ungültig; ebensowenig geht, wie bei der Alternativobligation, das Bestimmungsrecht nunmehr auf die Gegenpartei über. Vielmehr bleibt der Vertragsinhalt unbestimmt wie er war, und erst, wenn es zum Prozeß kommt, wird die Bestimmung durch das Gericht getroffen; behauptet in dem Prozeß die bestimmungsberechtigte Partei, daß die von ihr getroffene Entscheidung angemessen gewesen sei, so muß sie selber dies beweisen. — Es ist aber auch zulässig, daß die Parteien vereinbaren, die berechtigte Partei möge ihre Bestimmung nach Willkür treffen; nur wird ein derartiger Vertrag wegen gar zu großer Unbestimmtheit weit eher der Nichtigkeit verfallen als ein Vertrag, dessen Inhalt vom billigen Ermessen einer Partei abhängt.

Beispiel. A. tritt als Gesellschafter in ein Geschäft ein; seinen Gewinn- und Verlustanteil sollen die anderen Gesellschafter, nachdem sie ihn näher kennen gelernt, bestimmen. Dieser Vertrag wäre ungültig, wenn die anderen Gesellschafter ihre Bestimmung willkürlich treffen dürfen; er ist gültig, wenn sie die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen haben; die Vermutung spricht für letzteres. — Würden die Gesellschafter dem neuen Genossen $^1/_5$ Gewinn- und $^1/_2$ Verlustanteil auferlegen, so würden sie im Streitfall die Billigkeit dieser Bestimmung nachweisen müssen.

c) Die Bestimmung geschieht durch formlose Erklärung an die Gegenpartei und ist unwiderruflich.

---

8) RGB. 315.

9) RGB. 316; siehe aber die Ausnahme RGB. 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2.

d) Die bestimmungsberechtigte Partei darf mit ihrer Entscheidung nicht, wie bei der Alternativobligation, warten, bis der Gegner zur Zwangsvollstreckung schreitet oder ihr ausdrücklich eine Frist zur Ausübung ihres Wahlrechts setzt. Vielmehr kann der Gegner fordern, daß der Wahlberechtigte sich ungesäumt erklärt. Gerät der Wahlberechtigte mit seiner Entscheidung in Verzug, so büßt er sein Wahlrecht endgültig ein. Das Wahlrecht geht aber nicht auf den Gegner über. Vielmehr ist, wenn es zum Prozeß kommt, die Bestimmung durch das Gericht zu treffen, falls die wahlberechtigte Partei nach billigem Ermessen wählen sollte. Durfte die wahlberechtigte Partei dagegen nach Willkür wählen, so ist der Vertrag nunmehr unwirksam; denn das willkürliche Wahlrecht ist höchstpersönlich und kann deshalb auf das Gericht nicht übertragen werden.

Die maßgebende Gesetzesstelle ist RGB. 315 letzter Halbsatz. Sie ist freilich zweifelhaft, weil nicht deutlich ist, ob die in dem vorletzten Halbsatz ausdrücklich ausgesprochene Beschränkung auf das „Wahlrecht nach billigem Ermessen" auch für den letzten Halbsatz gelten soll. Für die von mir gegebene Auslegung ist entscheidend: 1) die Analogie von RGB. 319; 2) die Erwägung, daß die Übertragung eines nach Willkür auszuübenden Wahlrechts auf das Gericht keinen rechten Sinn hat.

e) Anfechtung der Wahlerklärung wie bei der Alternativobligation.

3. Ein dritter außerordentlich häufiger Fall des Blankett-Rechtsgeschäfts, der eigentlich zu der soeben zu 2. besprochenen Vertragsart gehört, aber gesetzlich eigentümlich geregelt wird, ist folgender: jemand hat die Lieferung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen (Gattungsobligation).[10]) Die Gattungsobligation bezieht sich meist auf Lieferung vertretbarer Sachen; allein so gut wie eine Sache, die an und für sich zur Klasse der vertretbaren Sachen gehört, im Einzelfall als Gegenstand einer Lieferung individuell bezeichnet werden kann (z. B. ein bestimmtes Exemplar eines ungebundenen Buchs), so kann auch umgekehrt eine Sache, die an und für sich nicht vertretbar ist, doch als Lieferungsgegenstand nur der Gattung nach bezeichnet werden (z. B. irgend ein Los der preußischen Klassenlotterie).

a) Das Wahlrecht hat im Zweifel der Schuldner; er bestimmt, welche einzelne zu der Gattung gehörige Sache wirklich geliefert werden soll.

b) Er darf sein Wahlrecht willkürlich ausüben, jedoch mit der Maßgabe, daß die von ihm ausgewählte Sache von mittlerer Art und Güte sein muß, nicht schlechter, aber auch nicht besser; diese Regel ist in allen neueren Gesetzen gleichmäßig aufgestellt,[11]) während das römische Recht dem Schuldner auch die Lieferung der schlechtesten zur Gattung gehörigen Sache erlaubte.[12])

Beispiel. A. hat seinem Gläubiger B. versprochen, seine alte Schuld durch Lieferung von Zigarren abzutragen; er wird eine gewöhnliche Sorte zu 50 bis 60 Mark das tausend liefern müssen.

---

10) RGB. 243.
11) Pr. LR. I, 5 § 275; c. c. 1246; sächs. Gb. 696; RGB. 243.
12) L. 72 § 5 D. 46, 3.

c) Die Wahl erfolgt nicht durch eine wörtliche Erklärung, wie in den bisher besprochenen Fällen, sondern nur durch thatsächliche Lieferung der ausgewählten Einzelsache, genauer dadurch, daß der Schuldner alles thut, was zur Lieferung der Sache seinerseits erforderlich ist.[13]) Die Wahl ist, vorausgesetzt, daß sie der Gegenpartei mitgeteilt wird, unwiderruflich.

Beispiel. A. hat bei B. ein preußisches Lotterielos bestellt; B. soll das Los dem A. zusenden. Das Wahlrecht B.s wird ausgeübt, sobald B. das Los an A. absendet; B. kann aber die Wahl widerrufen, bis entweder das Los selbst oder die Anzeige, daß das Los abgesendet ist, bei A. ankommt.

d) Die Zeit, binnen deren die Wahl erfolgen muß, ist die gleiche wie bei der Alternativobligation; der Schuldner verliert also das Wahlrecht erst, wenn der Gläubiger sich eine von ihm ausgewählte zur Gattung gehörige Sache durch Zwangsvollstreckung beschafft hat.

e) Ist die Wahl geschehen, so ist die Forderung nunmehr auf die ausgewählte Einzelsache konzentriert.

IV. Nicht selten kommen auch Verträge vor, deren Inhalt durch Entscheidung eines Dritten bestimmt werden soll. Alsdann unterscheidet das Gesetz nicht, ob der Dritte bloß zwischen einigen im Vertrage bezeichneten Möglichkeiten die Auswahl hat oder ob er frei entscheiden darf, sondern stellt allgemein folgende Regeln auf.[14])

a) Der Dritte soll seine Entscheidung entweder nach billigem Ermessen treffen, oder er kann nach Gutdünken und sogar offenbar parteiisch entscheiden. Im Zweifel ist das Erstere anzunehmen.

b) Soll der Dritte nach billigem Ermessen entscheiden, so hat jede Partei das Recht, die Entscheidung, wenn sie unbillig ist, als unverbindlich zu verwerfen. Dann gelten die gleichen Regeln, wie in dem oben zu III. 2 besprochenen Fall; das Bestimmungsrecht geht also, wenn es zum Prozeß kommt, auf das Gericht über; nur der eine praktisch wichtige Unterschied waltet ob: die Vermutung streitet dafür, daß die Entscheidung des Dritten der Billigkeit entspreche; nicht der Dritte selber, der ja ohnehin nicht Prozeßpartei ist, oder die Partei, welche mit seiner Entscheidung zufrieden ist, muß die Billigkeit, sondern die unzufriedene Partei muß die Unbilligkeit der Entscheidung nachweisen.

So auch dann, wenn der Dritte offenbar befangen ist; z. B. bei einem Vertrage zwischen einer Handelsfrau und deren Kunden soll der Ehemann der Handelsfrau die näheren Bestimmungen treffen. Warum hat sich die Gegenpartei das Bestimmungsrecht dieses parteiischen Dritten gefallen lassen?

c) Die Bestimmung geschieht durch formlose Erklärung des Dritten an eine der beiden Parteien. Sie ist unwiderruflich. Wenn also der Dritte von seiner Entscheidung zunächst nur einer Partei Mitteilung macht, dann auf Einspruch dieser Partei seine Entscheidung abändert und schließlich die abgeänderte

---

13) RGB. 243. Siehe unten 106[9].

14) RGB. 317—319.

Entscheidung beiden Parteien mitteilt, so ist nur die erste, nicht die zweite Entscheidung gültig.

d) Der Dritte muß seine Entscheidung beschleunigen. Verzögert er sie, so geht, wenn er nach billigem Ermessen zu urteilen hatte, das Entscheidungsrecht auf das Gericht über. Hatte er dagegen nach Willkür zu urteilen, so wird der Vertrag nunmehr ganz unwirksam. Das gleiche gilt, wenn der Dritte sich weigert, eine Entscheidung abzugeben oder wenn er dazu außer Stande ist.

e) Die Entscheidung des Dritten ist ein Rechtsgeschäft, unterliegt also den allgemeinen Regeln von den Rechtsgeschäften. Nur eine Besonderheit gilt: ist die Entscheidung irrtümlich abgegeben, arglistig erschlichen oder erzwungen, so kann der Dritte selbst sie nicht anfechten; wohl aber ist jede Vertragspartei dazu befugt. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, nachdem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, längstens aber 30 Jahre nach Abgabe der Entscheidung; es sind also die allgemeinen Regeln von der Anfechtung wegen Irrtums auf die Anfechtung wegen Täuschung und Zwang ausgedehnt.[15]) Die Entscheidung des Dritten kann auch wegen einer Arglist, die nicht gegen den Dritten gerichtet war, sondern von dem Dritten ausging, angefochten werden: selbst wenn der Dritte nach Willkür entscheiden durfte, durfte er nicht arglistig entscheiden; diese Anfechtung unterliegt aber nicht den eben erwähnten Fristen, sondern ist zu behandeln wie der Fall, wo die von dem Dritten nach billigem Ermessen zu treffende Entscheidung von einer Partei als unbillig gerügt wird.

V. Schließlich kommt es vor, daß der Inhalt eines Vertrages durch die Entscheidung **mehrerer** Dritter bestimmt werden soll. Dann ist im Zweifel anzunehmen, daß nur eine von diesen mehreren Dritten **einstimmig** getroffene Entscheidung gültig sein soll; läßt sich eine einstimmige Entscheidung nicht erreichen, so gelten die gleichen Regeln, wie wenn eine einzelne zur Entscheidung berufene Person ihr Urteil verzögert. Nur, wenn es sich um die Feststellung einer Summe handelt, schadet es nichts, wenn die Urteiler verschiedener Meinung sind; vielmehr gilt als festgestellt die **Durchschnittssumme**.[16])

VI. Läßt das Rechtsgeschäft über den Inhalt der Forderung einen Zweifel, der nicht durch die Entscheidung einer Partei oder eines Dritten gehoben werden kann, so ist — abgesehen von den sonstigen Auslegungsvorschriften — folgende allgemeine Regel zur Anwendung zu bringen:[17]) der Schuldner muß die ihm obliegende Leistung so bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Regel wendet sich gegen den Gläubiger: dieser darf keine Forderung stellen, welche Treu und Glauben verletzt; thut er es doch, so kann der Schuldner nicht, wie in Rom, eine exceptio doli erheben,

---

15) Siehe oben S. 207, 4.

16) BGB. 317 Abs. 2. 17) BGB. 242.

wohl aber seine Leistungspflicht einfach bestreiten. Die Regel wendet sich aber ebensogut auch gegen den Schuldner: dieser darf den Gläubiger nicht mit einer Leistung abfertigen, die mit Treu und Glauben unvereinbar ist.

Beispiele. 1. Der Gläubiger, welcher eine Zahlung vom Montag ab zu fordern hat, darf sie nicht schon Montag frühmorgens um 5 Uhr fordern; 2. der Schuldner, der eine Zahlung zu leisten hat, darf das Geld dem Gläubiger nicht vor die Füße werfen; 3. der Schuldner, der für eine von ihm angebotene Zahlung Zug um Zug Quittung fordert, muß dem Gläubiger das Nachzählen des Geldes erlauben; — dies alles, obschon weder das Gesetz noch das Rechtsgeschäft es besonders vorschreibt, gemäß der Verkehrssitte nach den Geboten von Treu und Glauben.

VII. Auch bei nicht rechtsgeschäftlichen Forderungen kann der Inhalt mehr oder minder unbestimmt sein. Dann kommen die oben erwähnten Regeln über die Alternativ- und die Gattungsobligation und ebenso die zuletzt gedachte Regel, welche den Inhalt der Forderungen nach der Verkehrssitte bestimmt, zur Anwendung.[18])

2. Die Gegenstände der Forderungsrechte.

a) Teilbare und unteilbare, getrennte und verbundene Leistungen[1]).

§ 85.

1. a) Eine Leistung ist teilbar, wenn sie in Teile zerlegt werden kann, welche für den Gläubiger verhältnismäßig den gleichen Wert haben wie die ganze Leistung; hierher gehört z. B. regelmäßig die Lieferung von Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, ferner manche Arbeitsleistungen, z. B. der Kahntransport von 1000 Zentnern Weizen auf der Strecke Thorn-Danzig. Unteilbar sind alle anderen Leistungen, z. B. (regelmäßig) die Lieferung einer oder mehrerer individuell bestimmter Sachen, die meisten Arbeitsleistungen, die meisten Unterlassungen.

b) Die Bedeutung der teilbaren Leistungen besteht nicht darin, daß der Schuldner sie willkürlich teilen darf; im Gegenteil darf der Gläubiger eine willkürliche Teilleistung zurückweisen[2]). Wohl aber tritt die Teilbarkeit einer Leistung z. B. dann hervor, wenn die Leistung teilweise unmöglich wird; dann muß nämlich der Gläubiger regelmäßig wenigstens den möglichen Rest der Leistung annehmen, während er bei Unteilbarkeit der Leistung den möglichen Rest zurückweisen kann.

2. Öfters werden mehrere Leistungen, die unter sich völlig verschieden

---

18) RGB. 262, 243, 242.

1) Ubbelohde, Lehre v. d. unteilbaren Obligationen (62); Steinlechner, Revision der Lehre v. d. Teilbarkeit (76); G. Rümelin, Teilung der Rechte (83); ders., Jahrb. f. Dogm. 28 S. 386 (89); Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten (84).

2) RGB. 266. Ausnahme Wechselordn. 38.

sein können, rechtlich miteinander verbunden, der Schuldner verpflichtet sich z. B. zu den mehreren Leistungen in einem einzigen Vertrage. Ist diese Verbindung nur eine äußerliche, formelle, mehr zufällige, so bildet jede Leistung den Gegenstand einer selbständigen Forderung. Ist die Verbindung dagegen eine sachliche, so sind zwar gleichfalls soviel Forderungen vorhanden als Leistungen, aber die Forderungen stehen rechtlich in innigem Zusammenhang und sind von einander abhängig. Bedeutsam ist die Unterscheidung namentlich für die Frage, ob der Gläubiger, wenn der Schuldner sich zu einer der Leistungen erbietet, die der anderen aber grundlos verweigert, die Teilleistung zurückweisen darf.

Beispiele 1. von Leistungen, die nur äußerlich verbunden sind: die Bestellung mehrerer Bücher bei einem Buchhändler; 2. von sachlich verbundenen Leistungen: der Verkauf zweier zusammenhängender Grundstücke zu einem Gesamtpreis.

b) Leistung und Gegenleistung.[1])

§ 86.

I. 1. Es giebt streng einseitige Schuldverhältnisse, aus denen ein Forderungsrecht nur zu Gunsten einer der Parteien entspringt. Diese allein ist Gläubiger, die Gegenpartei allein ist Schuldner. Nur eine einzige Leistung ist Gegenstand des Rechtsverhältnisses; von einer Gegenleistung ist keine Rede. Hierher gehört z. B. regelmäßig das Schuldverhältnis, welches aus einer Schenkung oder aus einer unerlaubten Handlung entspringt.

2. Diesen einseitigen Schuldverhältnissen gegenüber stehen die zweiseitigen Schuldverhältnisse. Aus ihnen entspringt ein Forderungsrecht zu Gunsten beider Parteien. Jede Partei ist zugleich Gläubiger und Schuldner. Der Leistung der einen Partei tritt eine Gegenleistung der anderen Partei zur Seite.

a) Das zweiseitige Schuldverhältnis ist vollkommen zweiseitig bei den sogenannten „gegenseitigen“ (synallagmatischen) Verträgen. Hier ist nämlich jede Leistung, welche eine der Parteien verspricht, geradezu das Ziel und der Zweck der von der anderen Partei versprochenen Gegenleistung; jede Partei giebt ihr Versprechen nur ab, um das Gegenversprechen der anderen Partei zu erlangen; es wird ein Versprechen gegen das andere Versprechen, eine Leistung gegen die andere Leistung ausgetauscht. Ein Beispiel ist der Kauf: der Verkäufer verkauft, um den Kaufpreis, der Käufer kauft, um die Ware zu bekommen.

b) In allen anderen Fällen kann man nur von einem unvollkommen zweiseitigen Schuldverhältnis sprechen. Bezeichnend ist für diese Fälle nur

1) Keller, Jahrb. f. gemeines Recht 4 S. 337 (60); Bekker, ebenda 5 S. 116 (62) André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages (90).

der negative Umstand, daß bei ihnen nicht jede der Leistungen Zweck und Ziel der anderen Leistung ist und daß deshalb auch ein eigentlicher Austausch von Leistung und Gegenleistung nicht stattfindet. Ein Beispiel bietet der Auftrag: denn hier ist der Auftragnehmer zur Ausrichtung des Auftrages, der Auftraggeber zur Erstattung der dem Auftragnehmer erwachsenden Unkosten verpflichtet; man wird aber nicht behaupten, daß der Auftragnehmer die Verpflichtung zur Ausführung des Auftrages zu dem Zwecke übernehme, seine etwaigen Unkosten erstattet zu bekommen; man wird nicht sagen, daß die Ausführung des Auftrages und die Erstattung der Unkosten gegeneinander ausgetauscht werden. In ähnlicher Art entstehen auch auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege unvollkommen zweiseitige Schuldverhältnisse, z. B. bei der Besorgung fremder Geschäfte ohne Auftrag. Auch der Fall gehört hierher, daß jemand zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist und wegen der Verwendungen, die er auf die Sache gemacht, oder wegen des Schadens, den die Sache ihm verursacht hat, eine Vergütung fordern darf.

II. Bei allen zweiseitigen Schuldverhältnissen stehen Leistung und Gegenleistung in rechtlichem Zusammenhang. Davon wird noch mehrfach zu sprechen sein [2]). An dieser Stelle ist nur die Frage zu erörtern, ob jede Partei die ihr obliegende Leistung auch dann bewirken muß, wenn die andere Partei die ihr obliegende Gegenleistung zu bewirken versäumt oder verweigert.

1. Bei den vollkommen zweiseitigen Schuldverhältnissen wird diese Frage schlechthin verneint. Hier sind Leistung und Gegenleistung durch unmittelbaren Austausch „Zug um Zug“ zu bewirken; keine Partei braucht zu leisten, ehe sie nicht in den Genuß der Gegenleistung tritt.

a) Diese Regel kann in verschiedener Weise aufgefaßt werden. Sie kann dahin aufgefaßt werden, daß eine Partei, welche die ihr gebührende Leistung einfordert, zur Begründung dieses Anspruchs gleichzeitig die ihr obliegende Gegenleistung der anderen Partei Zug um Zug anbieten muß, falls sie nicht etwa die Leistung bereits im voraus vollzogen hat; dies ist die Auffassung des preußischen Rechts; sie führt dahin, daß eine Klage, welche ein solches Angebot nicht enthält, selbst dann abgewiesen werden muß, wenn der Beklagte im Verhandlungstermine nicht erscheint [3]). Die Regel kann aber auch dahin verstanden werden, daß die Partei, welche die ihr zukommende Leistung einfordert, abwarten kann, ob die andere Partei ihrerseits die Gegenleistung Zug um Zug verlangt; dies ist die Auffassung des römischen Rechts und des Reichsgesetzbuchs [4]): sie führt dahin, daß, wenn der Kläger die ihm zukommende Leistung einklagt, ohne die Gegenleistung anzubieten, der Beklagte seinen eignen Anspruch mittels einer Einrede — das Gesetz nennt sie die „Einrede des nicht

2) Siehe z. B. unten § 99, 107.
3) Eccius 1 § 83 [11].
4) Dernburg 2 § 20. RGB. 320.

erfüllten Vertrages"[5]) — geltend machen muß; erhebt er diese Einrede nicht oder bleibt er im Verhandlungstermin aus, so wird er nach dem Klageantrage zur einseitigen Erfüllung des Vertrages verurteilt; natürlich verliert er seinen Anspruch auf die Gegenleistung hierdurch nicht, muß ihn aber durch selbständige Klage geltend machen.

b) Sobald der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhebt, hilft es dem Kläger nichts, daß sein Anspruch auf die ihm gebührende Leistung an und für sich nicht bestritten oder sofort klar bewiesen wird. Vielmehr muß er es sich gefallen lassen, daß zunächst die dem Beklagten nach dessen Behauptung zukommende Gegenleistung zum Gegenstande der Verhandlung und einer vielleicht sehr zeitraubenden Beweisaufnahme gemacht wird.

Die Beweislast stellt sich dabei wie folgt. Der Beklagte muß zur Begründung der Einrede darthun, daß die eingeklagte Forderung auf einem „gegenseitigen" Vertrage beruhe; thatsächlich wird dieser Beweis übrigens zumeist entbehrlich sein, da schon der eigne Vortrag des Klägers ergeben wird, daß sein Anspruch sich auf einen gegenseitigen Vertrag gründet. Der Beklagte muß ferner die Art und den Umfang der Gegenleistung beweisen. Behauptet dagegen der Kläger, daß er die Gegenleistung bereits bewirkt habe, so ist es seine Sache, hiefür den Beweis zu liefern.

c) Oft giebt der Beklagte zu, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung zwar dem Anscheine nach bewirkt habe, aber in einer dem Vertrage nicht entsprechenden Weise; der klagende Verkäufer habe z. B. dem Beklagten allerdings eine Ware geliefert, aber eine andere als die im Vertrage bedungene. Diese Einrede des mangelhaft erfüllten Vertrages ist nur eine bestimmte Form der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und wird rechtlich genau so behandelt wie diese.[6]) Ob die Mängel, welche der Beklagte an der Leistung des Klägers rügt, klein oder groß sind, ist gleichgültig, wenn nur seine Rüge rechtlich begründet ist; für eine mangelhafte Leistung braucht er also die ihm obliegende Gegenleistung nicht einmal teilweise zu machen.[7])

d) Oft giebt der Beklagte zu, daß der Kläger die ihm obliegende Leistung in vertragsmäßiger Art bewirkt habe, aber nur unvollständig. Auch diese Einrede des nur teilweise erfüllten Vertrages steht der Einrede des nicht erfüllten Vertrages rechtlich gleich; auch hier ist keine Rede davon, daß der Beklagte wenigstens zu einem Teile der ihm obliegenden Leistung, nach Verhältnis des vom Kläger bereits geleisteten Teiles der Gegenleistung unbedingt zu verurteilen wäre: so wie der Beklagte seine Gegenleistung ganz verweigern darf, wenn der Kläger die ihm obliegende Leistung mangelhaft bewirkt, so kann er sie auch ganz verweigern, wenn jener die Leistung unvollständig bewirkt. Doch läßt das Gesetz in dieser Beziehung eine Ausnahme zu: insoweit als die Weigerung des Beklagten irgend etwas zu leisten, wider Treu und Glauben verstößt, z. B.

5) RGB. 202 Abs. 2.
6) Beweislast s. unten § 108 Nr. 1.
7) Anders wenn er einen Preisminderungsanspruch erhebt. Siehe unten beim Kauf.

weil der noch ausstehende Teil der gegnerischen Leistung verhältnismäßig geringfügig ist, kann der Beklagte zu sofortiger, unbedingter Gegenleistung verurteilt werden. [8])

Beispiel zu c. d. 1. A. hat dem B. den für 1200 Mk. verkauften Wagen ohne Laterne geliefert; dies ist nicht unvollständige, sondern mangelhafte Erfüllung: B. braucht solange, als A. die Laterne nicht nachliefert, garnichts zu zahlen, mag auch die fehlende Laterne bloß 10 Mk. wert sein. 2. A. hat dem B. drei Wagen zum Gesamtpreise von 2000 Mk. verkauft; zwei Wagen hat er geliefert: B. braucht nichts zu zahlen, solange als A. nicht auch den dritten Wagen liefert. 3. A. hat dem B. drei Wagen, zwei Pferdegeschirre und angeblich auch zwei Peitschen für 2200 Mk. verkauft; er hat alles geliefert, nur die Peitschen nicht: hier muß B. die Kaufsumme unbedingt zahlen, bis auf ein paar Mark, die er für die Peitschen zurückbehalten darf.

e) Dringt der Beklagte mit der Einrede des nicht erfüllten oder des mangelhaft oder unvollständig erfüllten Vertrages durch, so wird nicht etwa die Klage abgewiesen, sondern der Beklagte wird nunmehr zur Erfüllung Zug um Zug gegen die vom Kläger zu bewirkende Leistung verurteilt. [9]) Ein derartiges Urteil kann vom Kläger zwangsweise vollstreckt werden, aber natürlich nur so, wie es lautet, also nur in der Art, daß der zur Vollstreckung schreitende Kläger seine Gegenleistung, so wie sie im Urteil bezeichnet ist, dem Beklagten anbietet. [10]) Der Beklagte kann dagegen zur Zwangsvollstreckung wegen der Gegenleistung nicht schreiten; will auch er einen vollstreckbaren Titel erlangen, so muß er außer der Einrede des nicht erfüllten Vertrages auch noch eine Widerklage wegen der Gegenleistung erheben.

f) Die bisher entwickelten Regeln gelten nicht ausnahmslos. Vielmehr kann bei Abschluß eines gegenseitigen Vertrages vereinbart werden, daß Leistung und Gegenleistung nicht Zug um Zug zu bewirken seien, sondern eine Partei vorzuleisten habe. Diese Partei ist dann natürlich nicht berechtigt, ihre Leistung wegen fehlender, mangelhafter oder unvollständiger Gegenleistung der anderen Partei zu verweigern, sondern muß ihre Leistung bewirken, als stamme sie aus einem einseitigen Schuldverhältnis. Nur wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen der andern Partei eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, kann die zur Vorleistung verpflichtete Partei die Vorleistung ablehnen, es sei denn, daß die andere Partei Sicherheit bestellt. [11]) Die Vorleistungspflicht ist von der Partei, die sie behauptet, zu beweisen.

Das Recht, die Vorleistung zu verweigern, gilt nur, wenn die Gegenpartei wirklich erst nachträglich in gefährliche Verhältnisse gerät; es genügt also nicht, daß die vorleistungspflichtige Partei nachträglich erfährt, daß die Gegenpartei schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses in jenen gefährlichen Verhältnissen war. Wohl aber genügt es, wenn die Verhältnisse der Gegenpartei schon zur Zeit des Geschäftsabschlusses schlecht waren und sich seitdem noch mehr verschlechtert haben.

---

8) RGB. 320 Abs. 2. 9) RGB. 322.
10) Regeln darüber wird die in Vorbereitung befindliche Novelle zur ZPO. aufstellen.
11) RGB. 321.

Wenn die vorleistungspflichtige Partei ihre Vorleistung thatsächlich nicht bewirkt und inzwischen der Termin herangekommen ist, zu dem auch die Gegenpartei ihre Leistung zu bewirken hat (A. hatte z. B. das dem F. verkaufte Pferd am 1. März zu liefern, F. hatte es am 1. April zu bezahlen, das Pferd ist thatsächlich im März nicht geliefert), so ist die Vorleistungspflicht als solche beseitigt; beide Teile können jetzt sofortige Leistung fordern. Doch zeigt sich die ursprüngliche Vorleistungspflicht der einen Partei auch jetzt noch darin wirksam, daß diese Partei, wenn sie auf ihre Leistung belangt wird, trotz der noch ausstehenden nunmehr fälligen Gegenleistung der anderen Partei weder die Einrede des nicht erfüllten Vertrages noch die weiter unten zu erwähnende Einrede des Zurückbehaltungsrechts erheben kann; vielmehr muß sie, was sie zu leisten hat, einseitig leisten und hat wegen der Gegenleistung nur ein Klagerecht.

g) Besondere Regeln gelten für den Miet- und Dienstvertrag. Darüber siehe unten in den diesen Verträgen gewidmeten Paragraphen.

2. Bei unvollkommenen zweiseitigen Schuldverhältnissen besteht eine allgemeine Regel, daß Leistung und Gegenleistung Zug um Zug auszutauschen seien, durchaus nicht. Es kommt hier vielmehr darauf an, für jedes Schuldverhältnis selbständig zu prüfen, wann die eine und wann die andere Leistung fällig wird. Und erst, wenn festgestellt ist, daß alle beide Leistungen fällig sind, greift auch hier die Regel ein: jede Partei kann ihre Leistung solange verweigern, bis die andere Partei Zug um Zug ihre Gegenleistung bewirkt.[12])

a) Auch dieses Recht ist durch Einrede geltend zu machen. Das Gesetz spricht hier von der Einrede des Zurückbehaltungsrechts.[13])

Erhebt der Beklagte die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, so muß er darthun, daß der Kläger aus einem zweiseitigen Schuldverhältnisse klage und daß aus eben diesem Schuldverhältnis ihm, dem Beklagten, ein fälliger Anspruch auf eine Gegenleistung zustehe. Denn nicht wegen jeder Leistung, die der Beklagte vom Kläger fordern kann, darf er seine eigene Leistung zurückhalten, sondern nur wegen einer „konnexen", d. h. eben einer auf dem gleichen zweiseitigen Schuldverhältnis beruhenden Leistung. Behauptet der Kläger, bereits geleistet zu haben, was ihm obliegt, so muß er dies beweisen.

b) Hat der Kläger seine Leistung mangelhaft oder unvollständig gemacht, so gelten die gleichen Regeln wie bei gegenseitigen Verträgen.

c) Dringt der Beklagte mit seiner Einrede durch, so wird die Klage nicht abgewiesen, sondern der Beklagte wird, wie bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, zur Leistung Zug um Zug verurteilt.[14])

d) Ein wichtiger Unterschied zwischen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und der Einrede des Zurückbehaltungsrechts ist, daß der Kläger letztere Einrede durch Sicherstellung beseitigen kann, wobei nur die Sicherstellung durch Bürgen ausgeschlossen ist.[15]) Damit kann der Kläger namentlich in solchen Fällen eine wesentliche Abkürzung des Prozesses erzielen, wo er die vom Beklagten geforderte Gegenleistung nach Art oder Umfang bestreitet; denn in dem Augenblick, da der Kläger alles, was der Beklagte fordert, sicherstellt, steht einer Verurteilung des Beklagten zu sofortiger einseitiger Leistung nichts mehr

12) RGB. 273. 13) RGB. 273, 202 Abs. 2.
14) RGB. 274. 15) RGB. 273 Abs. 3.

im Wege. Die ganze Einrede soll also dem Beklagten nicht, wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, den Vorteil verschaffen, daß er, sobald er selber leistet, auch in den Genuß der Gegenleistung tritt, sondern sie soll ihn bloß vor der Gefahr schützen, daß, während er selber leistet, der Kläger sich seiner Gegenleistung dauernd entzieht.

e) Auch die vorstehend entwickelten Regeln müssen sich Ausnahmen gefallen lassen. Durch besondere Vereinbarung oder gesetzliche Regeln wird nämlich für gewisse Schuldverhältnisse das Zurückbehaltungsrecht erweitert und sogar auf nicht konnexe Leistungen ausgedehnt: namentlich gilt dies für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht.[16]) Umgekehrt wird für manche Schuldverhältnisse das Zurückbehaltungsrecht beschränkt; von allgemeiner Bedeutung ist hier die Regel, daß, wer einen Gegenstand durch Diebstahl oder eine andere vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat, den Gegenstand wegen seiner auf ihn bezüglichen Ansprüche nicht zurückzubehalten befugt ist.[17])

c) Leistung von Geld.[1])

§ 87.

1. a) Wer eine Geldzahlung versprochen hat, muß die Zahlung in der Währung bewirken, welche zur Zahlungszeit am Zahlungsorte gilt. So auch dann, wenn das Zahlungsversprechen seinem Wortlaut nach auf eine andere Währung geht; diese Währung ist also nach dem Kurswert, der zur Zahlungszeit für den Zahlungsort maßgebend ist, in die Währung des Zahlungsorts umzurechnen;[2]) will der Schuldner diese Umrechnung ausschließen, so muß er das besonders erklären, indem er z. B. der in fremder Währung ausgedrückten Geldsumme das Wort „effektiv" beifügt.

b) Lautet ein Zahlungsversprechen auf eine bestimmte Münzsorte, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn das Versprechen die Münzsorte nicht bestimmt hätte.[3])

2. Beide Regeln zu 1. gelten auch bei nicht rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen.

3. Beide Regeln zu 1. setzen voraus, daß die Verpflichtung auf „Geld" als solches geht. Daneben giebt es aber Verpflichtungen, welche auf die Leistung von Geldstücken gehen, gleich als seien diese gewöhnliche Sachen. Dann kommen die Regeln zu 1. nicht zur Anwendung, sondern die Geldleistung wird behandelt wie jede andere Sachleistung. So muß z. B. ein Dieb, der in Köln russisches Geld stiehlt, dem Bestohlenen russisches Geld „effektiv" wiedergeben und darf ihn nicht in deutscher Währung abfinden.

---

16) HGB. 313. 17) RGB. 273 Abs. 2.

1) Siehe auch oben S. 134.

2) RGB. 244. 3) RGB. 245.

d) Leistung anderer Sachen.

§ 88.

1. Die meisten Forderungsrechte gehen auf Leistung von Sachen. Die Leistung kann in Übergabe der Sachen zu Miets-, zu Pfand-, zu Eigenbesitz bestehen; sie kann darin bestehen, daß der Schuldner eine ihm selber oder eine dem Gläubiger oder eine irgend einem Dritten gehörige Sache liefert u. s. w.

2. Die zu liefernde Sache kann individuell oder nur der Gattung nach bestimmt sein.[1])

3. Bezieht sich die Pflicht der Lieferung einer Sache auch auf deren Zubehör?

a) Die Frage ist bezüglich einer nur der Gattung nach bestimmten Sache regelmäßig zu bejahen: die Sache ist mit dem verkehrsüblichen Zubehör zu liefern.

b) Die Frage ist auch bezüglich einer individuell bestimmten Sache zu bejahen, jedoch nur wenn es sich um deren Veräußerung oder Belastung, Verleihung oder Vermietung gemäß Vertragspflicht handelt[2]); doch ist hier nicht das verkehrsübliche, sondern das zur Zeit des Vertragsabschlusses thatsächlich vorhandene Zubehör gemeint.

c) Im übrigen sind die Regeln bezüglich des Zubehörs für die verschiedenen Arten der Schuldverhältnisse verschieden. So wird z. B. bei Verkauf und Vermietung einer individuell bestimmten Sache der Schuldner außer den Zubehörstücken, die bei der Begründung seiner Lieferungspflicht vorhanden waren und die er deshalb schon nach der Regel zu b) mitzuliefern hat, auch solche Stücke, welche thatsächlich nicht vorhanden waren, aber nach der Verkehrssitte hätten vorhanden sein müssen, mitzuliefern haben; bei der Schenkung und Verleihung ist er dagegen von dieser Pflicht frei. Umgekehrt giebt es Fälle, wo der Schuldner nicht einmal das zur Zeit der Begründung seiner Lieferungspflicht thatsächlich vorhandene Zubehör mitzuliefern hat.

F. hat z. B. dem G. eine Sache unter dem Vorbehalt des Rücktritts verkauft und übergeben; G. schafft Zubehörstücke an; nun erklärt F. den Rücktritt; die Mitlieferung der neuen Zubehörstücke kann er nicht fordern.

4. Die Frage, ob außer der Sache auch die erst nach Begründung der Lieferungspflicht getrennten Früchte mitzuliefern sind, hängt von der besonderen Natur des Schuldverhältnisses ab. Die Frage ist z. B. zu bejahen für die Verpflichtung des Diebes, die gestohlene Sache dem Bestohlenen zurückzugeben. Sie ist zu verneinen für die Verpflichtung dessen, der eine Sache in gutem Glauben empfangen hat und sie wegen ungerechtfertigter Bereicherung herausgeben muß.

5. Oft kommt es vor, daß jemand, der eine Sache zu liefern hat, nicht

---

1) Siehe oben S. 295, 3. 2) RGB. 314.

einmal alle Bestandteile der Sache mitliefern muß, sondern eine an der Sache getroffene „Einrichtung“ fortnehmen darf. Doch muß er, wenn er von diesem Wegnahmerecht Gebrauch macht, die Sache auf seine Kosten in den Stand setzen, in welchem sie sich befand, ehe die Einrichtung getroffen ward. — Hat der Gläubiger die Sache in Besitz bekommen, ohne daß die Einrichtung weggenommen wurde, so muß er auch die nachträgliche Wegnahme gestatten, jedoch nur, wenn ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird.[3])

Das Hauptbeispiel ist, daß Mieter oder Pächter Änderungen an der Mietssache vornehmen, z. B. Öfen setzen, Ställe bauen.

e) Leistung von Zinsen.[1])

§ 89.

Zins ist die Vergütung, welche dafür, daß jemand den Genuß eines Kapitals — d. h. irgend eines nur der Gattung nach bestimmten, wirtschaftlich nutzbaren Gutes — eine gewisse Zeit hindurch entbehrt, nach Verhältnis dieser Zeit zu leisten ist oder thatsächlich geleistet wird.

1. Meist ist Kapital und Zins eine Geldsumme; doch können beide auch in anderen Gütern, z. B. in Wertpapieren bestehen. Doch darf das Kapital keinesfalls eine individuell bestimmte Sache sein: die Vergütung, die jemand dafür erhält, daß er des Genusses einer derartigen Sache, z. B. eines Hauses, zeitweise entbehrt, ist niemals eigentlicher Zins, sondern hat einen anderen rechtlichen Charakter, z. B. den des Mietszinses. — Der Zins muß von der Länge der Zeit, während deren der Genuß des Kapitals entbehrt wird, abhängig gemacht werden; meistenteils geschieht dies dadurch, daß er als ein jährlich zu zahlender Prozentsatz des Kapitalwerts bestimmt wird.

Beispiel. „2700 Mk., verzinslich zu 4% (nämlich von 2700 Mk.) auf das Jahr.“ Doch ist natürlich auch eine andere Berechnung möglich, z. B. „2700 Mk. mit 4% Zinsen von 3000 Mk. auf das Jahr“ oder „2700 Mk. mit $^1/_3$% monatlicher Zinsen“ oder „2700 Mk. mit 30 Pfennig Zinsen für den Tag“. — Kein Zins liegt in folgender Klausel: „ M. soll an N. am 1. April 1000 Mk. zahlen; kommt er in Verzug, so tritt zu seiner Schuld ein Zuschlag von 10%; denn dieser Zuschlag ist gleich hoch, mag M. einen Tag oder ein Jahr in Verzug sein, hängt also nicht von der Länge der Zeit ab, während deren N. sein Kapital entbehrt.

2. a) Die Regel ist, daß der Gläubiger nicht bloß die Zinsen des Kapitals, sondern auch das Kapital selbst zu fordern hat. Dann sind Kapital- und Zinsforderung rechtlich verbundene Ansprüche[2]). Daraus folgt z. B., daß der

3) RGB. 258.

1) Randa, Lehre von den Zinsen u. der Konventionalstrafe (69); Petražycki, Lehre v. Einkommen (93).

2) Siehe oben § 85, 2.

Gläubiger, wenn ihm Zahlung der Zinsen ohne das (fällige) Kapital oder des (fälligen) Kapitals ohne die Zinsen angeboten wird, das Angebot als unzulässige Teilzahlung zurückweisen kann. Und zwar ist die Kapitalforderung der Haupt-, die Zinsforderung der Nebenanspruch; daraus folgt, daß wenn die Kapitalforderung verjährt, auch die Forderung auf die Zinsen — sei es auf die rückständigen, sei es auf die zukünftigen — der Verjährung verfallen ist [3]) Ferner ist, wenn die Kapitalforderung ungültig ist, auch die Zinsforderung ungültig.

b) Doch darf man weder den Zusammenhang von Kapital- und Zinsanspruch noch die Abhängigkeit des einen von dem anderen übertreiben. Denn beide Ansprüche können von einander getrennt werden, z. B. wenn der Gläubiger den Kapitalanspruch einem Dritten abtritt, während er den Zinsanspruch für sich behält, und umgekehrt. Ferner geht, wenn die Kapitalforderung bezahlt wird, der Zinsanspruch nur für die Folgezeit, also für die vom Zahlungstage ab laufenden Zinsen, unter; dagegen bleibt der Anspruch auf rückständige Zinsen erhalten.

So selbst dann, wenn der Gläubiger über das Kapital ohne Vorbehalt quittiert hat; denn die preußische Regel, daß die vorbehaltlose Kapitalsquittung zugleich als Quittung über etwaige Zinsenrückstände gelten solle, [4]) ist vom Reichsgesetzbuch nicht übernommen. Auch daran, daß der Gläubiger die Zinsen ohne das Kapital selbständig einklagen kann, ist nicht zu zweifeln; die entgegenstehende, übrigens nur auf die gesetzlichen Zinsen bezügliche Regel des früheren Rechts [5]) ist bereits durch die Zivilprozeßordnung beseitigt worden.

3. a) Ausnahmsweise hat der Gläubiger eine Forderung nur auf die Zinsen, nicht auf das Kapital. [6]) Das ist namentlich bei den vom Gläubiger unkündbaren Staatsanleihen der Fall: hier hat der Gläubiger ein Recht auf Rückzahlung des von ihm geopferten Kapitals nicht, muß also den Genuß des Kapitals für immer entbehren; eben deshalb giebt ihm aber der Schuldner dafür eine Vergütung in Gestalt von Zinsen und zwar gleichfalls für immer.

b) Eine Zinsforderung, der eine Kapitalforderung nicht zur Seite steht, ist völlig selbständiger Art. Doch gilt die Regel, daß, wenn der Schuldner (freiwillig) dem Gläubiger das Kapital ausbezahlt, von nun ab der Zinsenlauf aufhört, auch hier. Denn der Grund dieser Regel ist nicht, daß die Zinsforderung von einer Kapitalforderung abhängig ist, sondern daß der Zinsgläubiger von dem Zeitpunkt ab, da er die Nutzung des Kapitals nicht mehr entbehrt, auch keine Vergütung für die Entbehrung mehr beanspruchen kann.

4. Wir unterscheiden zwei Arten von Zinsen.

a) R e c h t s g e s c h ä f t l i c h e Zinsen sind solche, deren Zahlung durch Rechtsgeschäft, z. B. Darlehnsvertrag, Kauf, Testament bestimmt ist.

---

3) Siehe oben S. 265, 4.
4) Pr. LR. I, 11 § 843, 845.
5) Siehe Dernburg, Pandekten 2 § 29 II und preuß. Privatrecht 2 § 38 Nr. 4.
6) Abw. Windscheid 2 § 259.

b) Gesetzliche Zinsen sind solche, deren Zahlung durch Gesetz bestimmt ist; sie finden sich sowohl bei Rechtsgeschäften, z. B. beim Auftrage,[7]) als auch bei nicht rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, z. B. aus unerlaubten Handlungen. Am wichtigsten unter ihnen sind die Verzugs- und Prozeßzinsen.[8])

5. a) Die Höhe der rechtsgeschäftlichen Zinsen wird durch das Rechtsgeschäft bestimmt.[9]) Ist dies nicht geschehen, so gilt nach bisherigem Recht der jeweilig übliche Zinssatz als bedungen. RGB. 246 läßt dagegen gleichförmig einen Zinssatz von 4% eintreten.

b) Bei gesetzlichen Zinsen ist, wenn nicht irgend ein Sondergesetz etwas Abweichendes vorschreibt, der Zinssatz nach bisherigem Recht 5%; nach RGB. 246 tritt dagegen auch hier der Zinssatz von 4% ein.

6. a) Rechtsgeschäftliche Zinsen sind im Zweifel ratenweise postnumerando zu bezahlen, nämlich je am Ende einer der Zinsperioden, auf deren Dauer der Zinssatz berechnet ist, also z. B. Zinsen, die auf das Jahr berechnet sind, am Ende je eines Jahres. Die erste Zinsperiode beginnt mit dem Tage, an dem der Zinsenlauf beginnt, z. B. beim Darlehn mit dem Tage, an dem das Darlehn hingegeben ist, wird also nach beweglicher Zeit, nicht nach Kalenderzeit berechnet. Kommt das Kapital mitten in einer Zinsperiode zur Rückzahlung, so ist der bis dahin aufgelaufene Teil der Zinsen (Stückzinsen) nicht erst am Ende der Periode, sondern sofort zu zahlen. — Natürlich sind abweichende Festsetzungen statthaft, z. B. daß Zinsen, die auf das Jahr berechnet sind, alle viertel oder alle halbe Jahre gezahlt werden müssen, daß die Zinsperioden nach Kalenderzeit zu berechnen sind u. dergl.

Nach preußischem Recht gilt, wenn ein Gläubiger über den Empfang einer bestimmten Zinsrate ohne Vorbehalt quittiert hat, die Vermutung, daß auch die früheren Zinsraten richtig gezahlt sind. Eine verwandte Bestimmung hat auch das gemeine Recht. Das Reichsgesetzbuch kennt derartige Regeln nicht.[10])

b) Gesetzliche Zinsen sind nicht ratenweise, sondern auf einmal, nämlich zugleich mit dem Kapitale zu bezahlen.

7. Die Zinsen sind die Rechtsfrüchte des Kapitals. Davon ist schon früher gesprochen worden.[11])

8. Auch von der kurzen Verjährung der Zinsansprüche ist schon oben gehandelt.[12])

---

7) RGB. 256 Satz 1, 670.
8) Siehe unten § 105, 106.
9) Über die Beschränkungen dieser Bestimmung siehe den folgenden § 90.
10) Pr. LR. I, 11 § 842. Windscheid 2 § 344 [7].
11) Siehe oben S. 128, 141.
12) Siehe oben S. 250, 3a.

Fortsetzung. Die Wuchergesetzgebung[1]).

§ 90.

1. Seit jeher hat man die Festsetzung übermäßiger Zinsen als unsittlichen Wucher gebrandmarkt und die Gesetzgebung aller Völker und aller Zeiten hat es versucht, dem Zinswucher auch rechtlich zu steuern. In Deutschland ist die Rechtsentwicklung die folgende gewesen.

a) Kaum hatten die Deutschen das Zinsennehmen von den Römern und den Juden gelernt, als zunächst die kirchliche Gesetzgebung mit bewunderswerter Strenge dawider einschritt: sie verbot vertragsmäßige Zinsen ganz und gar; die Vereinbarung selbst des mäßigsten Zinssatzes galt ihr als privatrechtlich nichtiges, kriminell strafbares Wuchergeschäft.[2]) Die weltliche Gesetzgebung des Mittelalters schloß sich dieser Anschauung an[3]), indem sie nur für Juden und gewisse privilegierte Ausländer z. B. die Lombarden und die Cawercini (Wucherer aus Cahors) eine Ausnahme zuließ.[4]) Indes erwies sich die kirchliche Regel bei der fortschreitenden Entwicklung des Kreditverkehrs als undurchführbar; schon im späteren Mittelalter kamen zahlreiche Übertretungen des Verbots vor, anfangs auf Schleichwegen[5]), indem der Zins irgend eine andere harmlose Benennung empfing, dann aber auch unverhüllt[6]). Seit dem 16. Jahrhundert geriet auch die Gesetzgebung ins Schwanken: hier ward das Verbot der Zinsabrede aufgehoben, dort ward es von neuem eingeschärft[7]). Im 17. Jahrhundert kam das Zinsverbot ganz außer Gebrauch und wurde auch reichsgesetzlich preisgegeben.[8])

b) Aber die Aufhebung des gänzlichen Zinsverbots gab die Zinsabrede noch nicht völlig frei; vielmehr wurde der Begriff des verbotenen Zinswuchers jetzt dahin verändert, daß zwar nicht jeder geringfügige Zins, wie im Mittelalter, aber doch ein Zins, der einen bestimmten Höchstbetrag überschritt, für wucherisch angesehen ward; es bestand also fortab Freiheit der Zinsabrede, jedoch nur bis zu einer festen Grenze. Die Grenze betrug bald 5 % gemäß einer reichsgesetzlich für den Rentenkauf aufgestellten Regel, bald 6 % nach römischem

---

1) M. Neumann, Gesch. des Wuchers in Deutschland (65); Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre, I (74); Funk, Gesch. d. kirchlichen Zinsverbots (76); Amiet, Franz. u. lombardische Geldwucherer (77); Hinschius in s. Ztsch. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. in Preußen II (68).

2) Tit. X. de usuris V, 19.

3) So schon verschiedene Capitulare Karls d. Gr., z. B. vom Jahr 806.

4) Stobbe, Die Juden Deutschlands (66) S. 103; ders., D. Pr.R. 3 § 190[19].

5) Über den Rentenkauf s. unten im Sachenrecht.

6) Stobbe III § 190[20]; Neumann a. a. O. S. 513.

7) Aufhebung des Verbots in Kursachsen 1550, in der Nürnberger Reform. 1564, Frankfurter Reform. 1611 u. s. f.; dagegen Wiederholung des Verbots in der Nürnberger Reform. 1522, im Württemb. Landr. 1610 u. s. f. Stobbe, III § 190[29], [30].

8) Jüngster Reichsabsch. v. 1654 § 75.

Vorbilde[9]); das preußische Landrecht bestimmte als Grenze 5 % für den bürgerlichen Verkehr, 6 % für Kaufleute, 8 % für Juden[10]).

c) Im neunzehnten Jahrhunderte folgte vorübergehend — unter dem Einfluß des zur Herrschaft gelangten Freihändlertums — eine fast unbeschränkte Zins- und Wucherfreiheit, indem die Gesetzgebung den Höchstbetrag der Zinsen ganz beseitigte: in Württemberg 1839, in Sachsen 1864, in Preußen 1866, im norddeutschen Bunde 1867, im ganzen Reiche außer Elsaß-Lothringen 1871[11]).

d) Die Freiheit des Zinswuchers hat aber nicht lange bestanden, sondern ist durch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880 wesentlich beschränkt. Dies Gesetz kehrte freilich nicht zu der Bestimmung eines starren Höchstbetrages der Zinsen zurück; das wäre auch sachlich nicht zu rechtfertigen gewesen, da die Angemessenheit eines Zinssatzes nicht nach einer allgemeinen Schablone, sondern nur unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden kann. Vielmehr ließ das Gesetz als wucherisch nur diejenige Zinsabrede gelten, welche einen „auffällig" hohen Zinssatz feststellt und auf einer Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Schuldners beruht.

2. Nachdem einmal die Vereinbarung von Zinsen gesetzlich eingeschränkt war, lag es nahe, ähnliche Beschränkungen auch für die Vereinbarung irgend eines anderen Entgelts einzuführen. Denn das Verbot des Zinswuchers beruht auf dem Gedanken, daß Niemand die wirtschaftliche Not und die geistige oder sittliche Schwäche seiner Mitmenschen eigennützig zu seinem Vorteil ausbeuten dürfe. Eine derartige Ausbeutung kommt aber selbstverständlich auch noch in anderer Gestalt als der der Festsetzung übermäßiger Zinsen vor, und auch in dieser anderen Gestalt verdient sie den schimpflichen Namen „Wucher" und muß von einer Gesetzgebung, die einmal zum Kampfe gegen den Zinswucher den Mut gefunden, gleichfalls bekämpft werden.

a) Man hat demgemäß zuvörderst die Regeln, welche für wucherische Zinsen gelten, auf alle anderen Vermögensvorteile übertragen, welche ein Kreditgeber für den von ihm gewährten Kredit empfängt[12]); hierher gehören namentlich Kapitalzuschläge, die der Schuldner beim Darlehn über den vom Gläubiger wirklich bezahlten Darlehnsbetrag hinaus zu entrichten hat, Vertragsstrafen u. dergl. Damit ist der Begriff des Zinswuchers zu dem des Kreditwuchers erhoben.

b) Man hat ferner in neuester Zeit dem Kreditwucher auch den Sachwucher zur Seite gestellt, d. h. auch solche übermäßigen Vermögensvorteile, die ein Gläubiger für andere Leistungen als für einen von ihm gewährten Kredit fordert oder empfängt, als wucherisch verboten[13]). Doch ließ man dies

---

9) Stobbe 3 § 190[30–33].

10) Pr. LR. I, 11 § 804 ff. Siehe aber oben S. 83[12].

11) Nordd. Bundesges. v. 14. 11. 67 (1871 im ganzen Reich außer Bayern und den Reichslanden eingeführt).

12) Z. B. Pr. LR. I, 11 § 810. RGes. v. 24. 5. 80, v. 19. 6. 93.

13) RGes. v. 19. 6. 93.

Verbot nur für den Fall gelten, daß der Gläubiger den Sachwucher gewohnheits- oder gewerbsmäßig betrieb.

3. Das Reichsgesetzbuch hat auf der also beschrittenen Bahn noch einen Schritt vorwärts gethan, indem es den Sachwucher auch bei nicht gewohnheits- oder gewerbemäßigem Betriebe verboten hat. Damit ist der Wucherbegriff für den ganzen wirtschaftlichen Verkehr einheitlich bestimmt. Nichtig ist nunmehr jedes Rechtsgeschäft, durch welches „jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen.“ [14])

a) Es kann also als wucherisch jedes beliebige Geschäft gelten, wenn es nur auf eine Vermögensleistung geht. Der Hauptfall ist natürlich nach wie vor die Festsetzung übermäßiger Zinsen und sonstiger Vermögensvorteile seitens des Kreditgebers. Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar, daß der Kreditnehmer den Kreditgeber durch Festsetzung zu geringer Zinsen bewuchert. Ebenso kann ein Verkauf hierher gehören, sei es, daß der Verkäufer sich für seine schlechte Ware einen übermäßigen Preis zahlen, sei es, daß der Käufer sich für billiges Geld eine übermäßig wertvolle Ware liefern läßt, ebenso der Dienstvertrag, wenn der Dienstherr Arbeiter um wucherisch geringen Lohn dingt, eine übermäßige Gasthausrechnung u. s. w.

b) Vorausgesetzt ist, wie schon nach der bisherigen Gesetzgebung, zunächst objektiv ein „auffälliges“ Mißverhältnis des Wertes von Leistung und Gegenleistung. Entscheidend ist nicht irgend ein starrer Tarif, welcher Leistung und Gegenleistung fest bewertet; auch der jeweilig herrschende Zinsfuß oder Marktpreis ist nicht maßgebend. Vielmehr kommt es auf die besondere Lage des Einzelfalls an.

Es kann also unter Umständen ein Zinssatz von 6 % wucherisch, ein Zinssatz von 12 % nicht wucherisch sein; ersteres z. B. wenn der Schuldner dem Gläubiger eine so gute Hypothek als Sicherheit bestellt, daß er darauf überall ein Darlehn zu 4 % bekommen könnte; letzteres z. B., wenn der Schuldner mit dem erborgten Gelde ein Geschäft unternimmt, welches ihm 20 % Gewinn verspricht. Ebenso kann von zwei gleich hohen Gasthausrechnungen bei gleicher Güte der Leistungen des Wirts die eine wucherisch sein, die andere nicht; denn hier kommt in Betracht, ob die Rechnung der hohen oder der stillen „Saison“ entstammt, auf die Art, wie der Reisende aufgetreten ist u. dgl.

c) Vorausgesetzt ist zweitens subjektiv — gleichfalls der bisherigen Gesetzgebung entsprechend —, daß der Wucherer die Notlage, die Unerfahrenheit oder den Leichtsinn des Bewucherten ausgebeutet hat. Wer also aus Bequemlichkeit, Prahlerei, Großmut oder auf Grund einer Spekulation, die vielleicht unrichtig, aber doch nicht leichtsinnig war, übermäßige Zinsen verspricht oder bezahlt, darf nicht sagen, daß er bewuchert sei.

14) RGB. 138 Abs. 2.

Wucher ist es z. B., wenn ein Zigarrenhändler einer Dame, die „für ihre Tischgäste" Zigarren kauft, für seine Zehnpfennigzigarren 40 Pfennig abfordert. Kein Wucher ist es dagegen, wenn Billethändler alle Billets zu einer Theatervorstellung aufkaufen und an die Gasthausportiers zum doppelten Preise veräußern.

d) Wucher liegt vor, nicht bloß wenn der Wucherer die übermäßig hohe Gegenleistung sich vertragsmäßig ausbedingt, sondern auch dann, wenn er sie als freiwillige Gabe der Gegenpartei annimmt. Doch muß in der Annahme der Gabe eine „Ausbeutung" der Gegenpartei liegen, und dies ist nur der Fall, wenn der Empfänger wenigstens einen thatsächlichen Druck auf die Gegenpartei ausübt.

Beispiel. Die Wucherer A. und B. stecken unter einer Decke. Als der unerfahrene C. von A. ein Darlehn wünscht, verweist ihn dieser an B. mit dem Bemerken: B. verlange nur 6% Zinsen, sei aber in der Beitreibung des Darlehns unerbittlich streng, wenn der Entleiher nicht gleich im voraus eine freiwillige Gratifikation von 10% zahle. C. bietet denn auch thatsächlich dem B. die Gratifikation an; B. lehnt sie anfangs heuchlerisch ab, nimmt sie aber schließlich doch an.

e) Das verbotene Wuchergeschäft ist absolut nichtig, und zwar nicht bloß in obligatorischer, sondern auch in dinglicher Beziehung. Und zwar ist nichtig nicht bloß die Abrede der übermäßigen Gegenleistung, sondern das ganze Geschäft; der Wucherer kann also das Geschäft nicht dadurch retten, daß er die Gegenleistung auf einen angemessenen Betrag ermäßigt. Im einzelnen kommen die allgemeinen Regeln über nichtige Geschäfte zur Anwendung. Die besonderen Bestimmungen der bisherigen Wuchergesetze, z. B. die fünfjährige Verjährung der Klage des Bewucherten, sind aufgehoben.[15])

4. Außer den bisher besprochenen Vorschriften sind noch einige weitere Regeln zu erwähnen, welche gleichfalls die Bestimmung haben, dem Wucher zu steuern.

a) In der Zeit, da in Deutschland die Freiheit des Zinswuchers eingeführt wurde, ist als eine kleine Abhilfe gegen eine übermäßige Belastung des Zinsschuldners folgende Regel aufgestellt: jeder Schuldner, welcher vertragsmäßig mehr als 6% Zinsen zu zahlen hat, ist befugt, die Kapital- und damit auch die Zinsschuld nach Ablauf des ersten Halbjahrs mit sechsmonatiger Frist aufzukündigen; eine Beschränkung oder ein Verzicht auf dies Recht kann nicht gültig vereinbart werden; für die Schulden eines Kaufmanns aus Handelsgeschäften und für Schuldverschreibungen auf den Inhaber soll aber diese Regel nicht gelten.[16]) — Durch die neueren Wuchergesetze ist die Regel nicht abgeschafft. Sie war ja auch neben den neuen Bestimmungen noch sehr wichtig; denn nicht jede Zinsabrede, die den Satz von 6% übersteigt, ist wucherisch, und nicht jede Zinsabrede, die in Wahrheit wucherisch ist, läßt sich als solche erweisen; so ist eine mehr als sechsprozentige Zinsverpflichtung in vielen

15) EG. 47.

16) Sächs. Ges. v. 64, RGes. v. 14. 11. 67. Ähnlich Preuß. Ges. v. 12. 5. 66; RGes. v. 19. 6. 72 § 27 (für Elsaß-Lothr.).

Fällen unanfechtbar gültig; daß der Schuldner sie durch Kündigung des Kapitals abschütteln kann, ist eine Wohlthat für ihn. — Jetzt hat RGB. 247 die Regel einfach wiederholt und damit auch in Bayern, wo sie bisher nicht galt, eingeführt.

b) Seit jeher hat man die Vereinbarung von Zinseszinsen ganz verboten[17]; der Zinsschuldner darf also nicht im voraus versprechen, daß er die rückständigen Zinsen von dem Augenblicke, da sie fällig werden oder da er mit ihnen in Verzug kommt, verzinsen werde. Hieran hat auch die neuere Gesetzgebung im größeren Teile Deutschlands[18] festgehalten. Das Gleiche thut nun auch RGB. 248.

Doch ist hier eine zweifache Ausnahme gemacht: 1. Sparkassen, Kreditanstalten und Bankiers können mit ihren Kunden vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue Einlagen gelten und sofort neue Zinsen tragen sollen; 2. Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich von den Darlehnsschuldnern die Verzinsung rückständiger Zinsen versprechen lassen. — Das römische Recht ging noch weiter und verbot auch einen Vertrag, durch den der Zinsschuldner einen bereits fällig gewordenen Zins nachträglich zu verzinsen versprach; das preußische Recht läßt dagegen solche Verträge zu, wenn der Zins mindestens 2 Jahre rückständig ist;[19] das Reichsgesetzbuch hebt auch diese Beschränkung auf und erlaubt die nachträgliche Vereinbarung von Zinseszinsen ganz allgemein..

c) Verwandt mit dem Verbot der Vereinbarung von Zinseszinsen ist die Regel, die sich in den meisten neueren Gesetzen[20] und nun im RGB. 289, 291 findet, daß auch gewisse gesetzliche Zinsen (nämlich Prozeß- und Verzugszinsen) nur von einer Kapital-, nicht aber von einer Zinsschuld zu zahlen seien.

d) Eine römische in unser gemeines Recht eingedrungene Regel bestimmt, daß rückständige rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Zinsen niemals auf mehr als 100% anwachsen dürfen.[21] Die neueren Gesetze haben die Regel meist beseitigt.[22] Auch das Reichsgesetzbuch nimmt sie nicht auf.

e) Die Reichsgesetze gestatten, daß die Zinsvereinbarungen der Pfand- und Rückkaufshändler landesgesetzlich beschränkt werden. Derartige Beschränkungen sind denn auch z. B. in Preußen wirklich ergangen.[23] Das Reichsgesetzbuch läßt sie unberührt.[24]

---

17) L. 26 § 1 D. 12, 6; Pr. LR. I, 11 § 818, sächs. GB. 679.

18) Ausnahme namentlich in Bayern und Frankfurt und im rheinischen Recht (s. c. c. 1154).

19) L. 28 C. 4, 32; Pr. LR. I, 11 § 819.

20) Z. B. Pr. LR. I, 11 § 818; sächs. GB. 679; vgl. c. c. 1154.

21) L. 26 § 1 D. 12, 6.

22) Ausnahme z. B. in Hessen-Darmstadt und Mecklenburg (siehe RG. 7 S. 161; 8 S. 174); dagegen ist in Hamburg die Regel durch Ges. v. 22. 12. 65 § 30 aufgehoben, wonach Stobbe 3 § 190[49] zu berichtigen ist.

23) Pr. Ges. v. 17. 3. 81.

24) EG. 94 (siehe RGew.Ordn. 34 Abs. 2).

f) Ein neueres Reichsgesetz[25]) bestimmt vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, daß alle Personen, welche aus dem Betriebe von Geld- oder Kreditgeschäften ein Gewerbe machen, ihren Schuldnern alljährlich einen Rechnungsauszug mitteilen müssen, um sie über ihre durch Zinsen, Provisionen u. dgl. anwachsende Schuld aufzuklären; verletzen sie diese Pflicht, so verlieren sie für das Jahr alle Zinsansprüche. Das Reichsgesetzbuch läßt diese Regel unberührt.

g) Das bisherige Recht kennt noch viele andere wucherfeindliche Bestimmungen. So hat es z. B. den Verkauf von Früchten auf dem Halm entweder gänzlich verboten[26]) oder ihn nur zu dem Marktpreise erlaubt, der zur Zeit des Verkaufs gilt oder 14 Tage nach der Ernte gelten wird.[27]) So erklärte es nach römischem Vorbilde ein Geschäft, bei welchem eine Partei außerordentlich geschädigt worden war, wegen laesio enormis für anfechtbar; das Gebiet, auf welchem dies Anfechtungsrecht Platz greifen sollte, war freilich sehr verschieden bemessen; im gemeinen Recht sollte die Anfechtungsbefugnis sowohl dem Verkäufer, der die Sache zum halben Wert verschleudert hatte, als auch dem Käufer, der die Sache doppelt zu teuer gekauft hatte, nach rheinischem Recht dagegen nur dem ersteren, nach preußischem Rechte nur dem letzteren zustehn.[28]) So wurde auch die römische lex Anastasiana bei uns rezipiert, welche bestimmte, daß der Käufer einer Forderung, der für die Forderung einen hinter ihrem Nennwert zurückbleibenden Kaufpreis bedungen hat, vom Schuldner nur diesen Kaufpreis beitreiben durfte.[29]) Endlich wurden für gewisse Waren und gewisse Dienstleistungen bindende Taxen festgestellt, deren vertragsmäßige Überschreitung nicht zulässig war. Alle diese Regeln sind in neuerer Zeit auf ein sehr enges Anwendungsgebiet beschränkt.[30]) Jetzt hebt das Reichsgesetzbuch sie ganz auf. Nur einige Taxen sind noch jetzt beibehalten, z. B. für die Verkäufe der Arzneimittel durch Apotheker, für die Dienst- oder Werkverträge der Besitzer von öffentlichen Fuhrwerken, der Dienstmänner[31]) u. s. w. Einige andere wucherfeindliche Bestimmungen werden noch an anderer Stelle, z. B. in der Lehre von der Vertragsstrafe, vom Kauf und Pfandrecht zu erwähnen sein.

---

25) RGes. v. 19. 6. 93.

26) So z. B. in Karls d. Gr. Capitular v. 809 c. 2 und dann wieder Pr. LR. II, 7 § 12 (vgl. aber ebenda I, 11 § 594).

27) RPolizeiordn. v. 1577, 19 § 3.

28) Windscheid 2 § 396[10] — c. c. 1674 — Pr. LR. I, 11 § 59.

29) L. 22 C. 4, 35.

30) Aufgehoben ist: 1) die Beschränkung des Verkaufs der Früchte auf dem Halm in Württemb. (1839), in Preußen (1843), in Bayern (1871), wogegen gewisse Beschränkungen in Darmstadt (Polizeistrafgesetzb. 380) noch bis 1900 fortbestehen; 2) die Anfechtung wegen laesio enormis für Handelsgeschäfte durch HGB. 286 und außerdem in Sachsen (1863), Bremen, Hamburg, wogegen Preußen und das rheinische Recht an ihr festhält; 3) die lex Anastasiana für Handelsgeschäfte durch HGB. 299 und außerdem in Preußen, Hamburg, Bremen u. s. w., während sie z. B. in Reuß (RG. 14 S. 240) in Geltung blieb.

31) RGew.Ordn. Tit. V.

f) Leistung von Schadensersatz.[1])

§ 91.

Schadensersatz ist die Beseitigung oder Vergütung eines privatrechtlichen Nachteils, den jemand rechtswidrig oder doch gegen seinen Willen erlitten hat.

1. a) Sonach ist der Schadensersatz zu unterscheiden von dem rechtsgeschäftlich bedungenen „Entgelt", weil dieser eine Vergütung für solche Nachteile bezweckt, die jemand mit seinem Willen und völlig rechtmäßig erleidet.

b) Ebenso sind Schadensersatz und Privatstrafe verschieden; davon ist weiter unten (§ 93) zu handeln.

c) Zinsen sind bald Entgelt bald Schadensersatz; ersteres ist z. B. der Fall bei den Darlehns-, letzteres bei den Verzugszinsen.

2. Die Verpflichtung zum Schadensersatz wird am häufigsten dadurch begründet, daß jemand eine ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt oder eine unerlaubte Handlung begeht. Daneben giebt es aber noch zahlreiche andere Fälle der Schadensersatzpflicht, z. B. als Folge einer Enteignung. Auch vertragsmäßig kann eine Schadensersatzpflicht begründet werden, vor allem durch Versicherungs- und Garantieverträge. Daß die Schadensersatzpflicht ein Verschulden des Verpflichteten nicht unbedingt voraussetzt, ist schon oben in der Lehre vom Zufall (§ 72) nachgewiesen.

3. Die Schadensersatzforderung kann mit einer anderen Forderung rechtlich zusammenhängen, entweder so, daß die andere Forderung sich in eine Schadensersatzforderung verwandelt (z. B. der Anspruch des Käufers auf Lieferung der erkauften Ware verwandelt sich in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichtlieferung) oder so, daß die Schadensersatzforderung einer anderen Forderung als Nebenanspruch angehängt wird (z. B. dem Anspruch des Käufers auf Lieferung der erkauften Ware tritt ein Nebenanspruch auf Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung hinzu); in beiden Fällen verjährt der Schadensersatzanspruch in der gleichen Zeit wie die andere Forderung.[2]) Die Schadensersatzforderung kann aber auch selbständiger Art sein, z. B. die des Eigentümers, der von einer Enteignung betroffen ist.

4. Regelmäßig bezeichnen Gesetz und Rechtsgeschäft den Schaden, auf dessen Vergütung der Ersatzanspruch geht, nur mittelbar; sie beziehen nämlich den Ersatzanspruch auf allen Schaden, welchen jemand durch ein bestimmtes vergangenes oder zukünftiges, gewisses oder ungewisses Ereignis erleidet.[3])

a) Der Schaden muß durch das Ereignis verursacht sein. Doch genügt es, wenn der ursächliche Zusammenhang ein bloß mittelbarer ist, sofern nur

---

1) Fr. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht Abt. 2 (55); Cohnfeldt, Lehre vom Interesse (65). Siehe auch die Litteratur zu §§ 71, 72.

2) Siehe RGB. 224, oben S. 265, 4.

3) RGB. 252.

feststeht, daß der Schaden ohne das kritische Ereignis nicht eingetreten sein würde.[4])

b) Der Schaden wird meist das Vermögen des Geschädigten betreffen; er kann aber auch von anderer, ideeller Art sein, z. B. in Schmerz oder Ärger, die der Geschädigte erlitten hat, bestehen.

c) Der Vermögensschaden kann ein positiver sein oder auch bloß in entgangenem Gewinn bestehen. Doch fällt letzterer nur dann unter den Ersatzanspruch, wenn der Geschädigte ihn mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte, sei es nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge, sei es nach besonderen von ihm zu beweisenden Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen.

d) Auch solche Nachteile fallen unter den Ersatzanspruch, deren Eintritt der Ersatzpflichtige nicht geahnt hat. Allerdings wird, wer eine Handlung vornimmt, deren schlimme Folgen er nicht voraussehen konnte, nicht für fahrlässig gelten. Allein erstlich ist ja die Schadensersatzpflicht durchaus nicht immer von einer Fahrlässigkeit auf seiten des Verpflichteten abhängig: auch, wer völlig schuldlos ist, kann sehr wohl ersatzpflichtig sein. Und zweitens: auch da, wo die Ersatzpflicht ein Verschulden des Verpflichteten voraussetzt, genügt es, wenn dieser auch bloß einen Teil der üblen Folgen seines Verhaltens hat voraussehen können: denn dann hätte er schon dieser Folgen wegen sein Verhalten ändern sollen und muß nun, da er es nicht gethan, auch für andere vielleicht viel schlimmere Folgen seines Verhaltens aufkommen, die er nicht voraussehen konnte.

Beispiel. A. verunglückt durch das Ungeschick des Lohnkutschers B.; die Folgen des Unfalls sind: 1. Vermögensschade a) positiver Schade; α. unmittelbar: A.'s Kleider sind beschmutzt und zerrissen; β. mittelbar: A. wird ins Krankenhaus gebracht und muß dort Pflegegeld zahlen; während des Transports zum Krankenhause wird ihm das Portemonnaie aus der Tasche gestohlen; b) entgangener Gewinn: A. kann wegen des Unfalls seinen alten Kunden C. nicht aufsuchen; dadurch entgehen ihm Geschäftsabschlüsse, welche ihm nach den vorliegenden Angeboten C.'s einen Mindestgewinn von 600 Mk. gebracht haben würden. 2. Ideeller Schade: A. hat durch seinen Aufenthalt im Krankenhause die Wonnen des Kölner Karnevals versäumt (siehe RGB. 847).

5. Die soeben entwickelten Regeln zeigen, daß unser Recht den Umfang des Schadensersatzanspruchs subjektiv und individuell bestimmt. Nicht darauf kommt es an, welche schädlichen Folgen das dem Ersatzanspruch zu Grunde liegende Ereignis im allgemeinen mit sich zu bringen pflegt und wie hoch man durchschnittlich diese Folgen abschätzt. Entscheidend ist vielmehr, welche schädlichen Folgen das Ereignis thatsächlich im Einzelfall mit sich bringt und wie hoch diese Folgen mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse der geschädigten Person abzuschätzen sind. Man drückt dies auch dahin aus, daß der Gegenstand des Schadensersatzanspruchs das Interesse des Geschädigten ist.

4) Vgl. Dernburg 2 § 45[7].

6. a) Diese Richtung des Schadensersatzanspruchs auf das gesamte Interesse des Geschädigten ist dem ältesten Rechte zweifellos fremd gewesen.[5]) Sie widerspricht der Vorliebe unseres alten Rechts für einfache, typische Rechtsverhältnisse. Vielmehr hat das mittelalterliche Recht seine Schadensersatzansprüche wenigstens der Regel nach schablonenhaft gestaltet: es hat sie nur auf solche Schäden bezogen, welche erfahrungsmäßig gewöhnlich vorzukommen pflegen. Freilich wurde die Schablone allmählich feiner. Der kühne Gedanke aber, daß man die Schablone ganz entbehren und rein individuell verfahren kann, beherrscht unser Recht erst seit der Rezeption.

b) Und zwar ist unserem Rechte zunächst vor seiner eigenen Kühnheit bange gewesen. Denn es hat, indem es den Schadensersatzanspruch des Geschädigten auf dessen „Interesse" bezog, den Ersatzanspruch doch zugleich in gewisse Schranken zu bannen gesucht. So hat das römisch-gemeine Recht bestimmt, daß, wenn der unmittelbare Schaden, auf welchen ein Ersatzanspruch sich bezieht, einen festbestimmten Wert hat, der Ersatzanspruch durch Einrechnung des mittelbaren Schadens z. B. des entgangenen Gewinns höchstens auf das doppelte jenes Werts gesteigert werden dürfe.[6]) Das preußische Landrecht[7]) hat angeordnet, daß jemand, der nur wegen eines geringen Versehens Schadensersatz zu leisten habe, überhaupt bloß den unmittelbaren Schaden ersetzen müsse. Das französische Recht[8]) endlich hat den Schadensersatzanspruch außer im Fall der Arglist auf den Schaden beschränkt, dessen Entstehung der Schuldner voraussehen konnte, und hat auch einen Anspruch auf Ersatz mittelbaren Schadens nur ausnahmsweise zugelassen. Erst das Handelsgesetzbuch, ihm folgend das sächsische Gesetzbuch und nun das Reichsgesetzbuch versuchen das Wagestück, den Anspruch auf die Vergütung des Interesses ins Grenzenlose auszudehnen.[9])

7. Doch kommt auch das Reichsgesetzbuch nicht ohne alle Beschränkungen des Schadensersatzanspruchs aus.

a) Ein Schadensersatzanspruch ist unbedingt ausgeschlossen insoweit, als der Schaden ein vom Gesetz mißbilligtes Interesse betrifft. Wenn ich z. B. die pornographischen Bilder, die ein „Kunsthändler" mir anpreist, im Ärger zerreiße, bin ich strafbar, aber nicht ersatzpflichtig.

b) Ein Schadensersatzanspruch ist je nach den Umständen ausgeschlossen, wenn bei der Entstehung des Schadens der Geschädigte selber mitgewirkt hat.[10])

α) Die Mitwirkung des Beschädigten kann eine positive, sie mag aber

---

5) Siehe Stobbe, z. Gesch. des D. Vertragsrechts (55) S. 37; Löning, Vertragsbruch (76); Sickel, Bestrafung des Vertragsbruchs (76); Hammer, Schadensersatz nach dem Sachsensp. (85); Brunner, D. Rechtsgesch. 2 § 136, 137; ders. in Goldschmidts Ztsch. 23 S. 243 (78).

6) L. un. C. 7, 47. 7) Pr. LR. I, 6 § 15.

8) Siehe c. c. 1150, 1151.

9) HGB. 283, sächs. GB. 124, 125; RGB. 252.

10) RGB. 254.

auch bloß negativer Art gewesen sein; der Beschädigte hat es z. B. unterlassen, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, obschon der Schuldner die Gefahr weder kannte noch kennen mußte, oder er hat es unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern.

β) Die Mitwirkung des Geschädigten muß eine schuldhafte gewesen sein; doch soll dem Geschädigten auch ein Verschulden seines Gewalthabers oder eines Gehülfen, den er zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt hat, als eigenes Verschulden zugerechnet werden.

Daß ein Verschulden des Geschädigten unerläßlich, ist ein Rückfall in römische Vorstellungen und paßt namentlich für solche Fälle nicht, wo auf Seiten des Ersatzpflichtigen ein Verschulden nicht gefordert wird; denn es ist ungerecht, den Anstifter des Schadens mit deutschem, den Geschädigten mit römischem Maß zu messen. Beispiel. A. verhandelt mit B. durch Vermittelung des Rechtsanwalts C. wegen eines Hauskaufs; die Parteien werden über den Preis nicht einig; da geht bei B. ein Telegramm ein: „biete 50000 und gebe hiermit C. zum Abschlusse Vollmacht. A." B. bringt das Telegramm dem C. und schließt mit ihm als dem Vertreter A.'s den Kauf wirklich ab; wenn sich nun herausstellt, daß das Telegramm A.'s gefälscht war, ist C. dem B. ersatzpflichtig, obschon alle beide das Telegramm für echt gehalten haben und auf Grund der Vorverhandlungen für echt halten konnten, und obschon dazu, daß C. sich fälschlich als Vertreter A.'s benahm, B. mindestens ebensoviel gethan hat als C. selbst.

Wer sind die Gehülfen, deren Verschulden dem eignen Verschulden des Geschädigten gleichgestellt wird? RGB. 254 Abs. 2 schreibt „entsprechende" Anwendung von RGB. 278 vor. Letzterer Paragraph besagt nun aber, daß ein „Schuldner" das Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner „Verbindlichkeit" bedient, zu vertreten habe. Unser Gesetz behandelt also den Geschädigten so, als wäre er verpflichtet, seine Güter vor Schaden zu bewahren, und läßt ihn für das Verschulden aller Personen einstehen, deren Hilfe er zur Erfüllung dieser angeblichen „Verbindlichkeit" gebraucht. Beispiel. A., der über mir wohnt, verursacht eine Überschwemmung, indem er einen Hahn seiner Wasserleitung zu schließen vergißt; das Wasser dringt in meine Wohnung; ich bin abwesend; meine Dienstboten sind dagegen da, bemerken auch den Unfall, lassen aber, statt den A. zu benachrichtigen, das Wasser laufen; dies Versehen wird mir als eignes Versehen zugerechnet; denn meine Leute sind die von mir bestellten Hüter meiner Wohnung. Anders liegt der Fall, wenn nicht meine gewöhnlichen Dienstboten, sondern allein mein Gärtner den Unfall bemerkt und die Abwehr versäumt; denn der Gärtner braucht sich um den Schutz meiner Wohnung nicht zu kümmern.

γ) Der Ersatzanspruch ist nur „je nach den Umständen" ausgeschlossen, also namentlich dann, wenn das Verschulden des Geschädigten das des Gegners überwogen hat. Häufig wird auch der Ersatzanspruch nicht vollständig wegfallen, sondern nur ermäßigt werden, namentlich dann, wenn das Verschulden des Geschädigten den Schaden nicht verursacht, sondern nur vergrößert hat.

8. Der Schadensersatz kann in zweifacher Art geleistet werden: entweder stellt der Schuldner den Zustand her, welcher bestehen würde, wenn das schadenbringende Ereignis nicht eingetreten wäre, oder er läßt den Zustand bestehen, wie er thatsächlich entstanden ist, und leistet dafür eine Vergütung des Schadens in Geld.[11]) Kürzer können wir die beiden Arten des Schadensersatzes als „Schadensbeseitigung" und „Geldersatz" bezeichnen.

---

11) RGB. 249—251, 253.

a) Regelmäßig kann der Gläubiger nur die Schadensbeseitigung fordern. Er kann aber dem Schuldner eine angemessene Frist stellen, binnen deren die Schadensbeseitigung vorzunehmen ist, und ihm erklären, daß er nach Ablauf der Frist eine Schadensbeseitigung ablehne. Läßt der Schuldner die Frist ungenutzt verstreichen[12]), so erlischt der Anspruch des Gläubigers auf Schadensbeseitigung; an seine Stelle tritt nunmehr ein Anspruch auf Gelderſatz. Soweit eine Schadensbeseitigung durch den Schuldner nicht möglich ist, bedarf es einer Fristsetzung natürlich nicht; der Gläubiger kann vielmehr in diesem Falle den Geldersatz sofort verlangen.

b) Diese Regel wird zu Gunsten des Gläubigers geändert, wenn es sich um Schadensersatz für die Beschädigung einer Person oder einer Sache handelt. Der Gläubiger kann nämlich in diesem Falle auf die Schadensbeseitigung durch den Schuldner verzichten und statt ihrer vom Schuldner den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.

c) Umgekehrt wird die Regel zu Gunsten des Schuldners gemildert: es wird diesem nachgelassen, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Schadensbeseitigung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist.

d) Insoweit als der Schaden nicht das Vermögen des Beschädigten betrifft, kann nur die Schadensbeseitigung gefordert werden; ein Ersatz in Geld ist hier ausgeschlossen, selbst wenn die Schadensbeseitigung nicht möglich ist.

Beispiel. 1. Eine Schauspielerin findet in einem Schaufenster ihr Bild in beleidigender Gesellschaft von Dirnenbildern; sie kann nur Schadensbeseitigung fordern, nämlich Wegnahme des Bildes, nicht aber Geldersatz für den Kummer, den jene Schaustellung ihr bereitet. 2. M. zertrümmert ein kleines Bild, welches meine Braut gemalt und mir als Verlobungsgeschenk gewidmet hat; das Bild ist mir um 1000 Mk. nicht feil; M. braucht aber dies mein „Affektionsinteresse“ nicht zu ersetzen, sondern nur den Vermögenswert des Bildchens; ich bekomme also nicht 1000 Mk., sondern vielleicht 50 Pfennig Schadensersatz.

9. Wer für eine gestohlene, veruntreute oder sonst abhanden gekommene Sache dem Eigentümer Schadensersatz zu gewähren hat, erwirbt mit der Erfüllung der Ersatzpflicht das Eigentum an der Sache noch nicht. Vielmehr gehört die Sache, wenn sie wieder auftaucht, immer noch dem bisherigen Eigentümer. Doch muß dieser, wenn er in den Besitz der Sache kommt, den Schadenersatz mindestens teilweise zurück erstatten. Außerdem kann der Ersatzpflichtige, wenn er den Ersatz leistet, fordern, daß ihm alle Ansprüche, welche dem Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts gegen dritte Personen zustehen, Zug um Zug abgetreten werden, damit er sich um die Wiedererlangung der Sache bemühen kann.[13])

Die gleiche Regel gilt entsprechend, wenn nicht der Eigentümer, sondern irgend eine andere an der verlorenen Sache berechtigte Person, z. B. ein Besitzer, ein Nießbraucher, Schadensersatz erhält. Ebenso wenn ein unkörperliches Gut verloren geht oder entwertet wird und dafür Schadenersatz zu leisten ist; Rechtsanwalt A. muß z. B. seinem Auftraggeber F.

---

12) Siehe unten § 105[25]. 13) RGB. 255.

dafür Ersatz leisten, daß er schuldhafterweise die Anmeldung einer Forderung des F. gegen G. in des letzteren Konkurse versäumt hat; er kann fordern, daß F. ihm seine Ansprüche gegen G. abtritt.

10. Oft bringt ein und dasselbe Ereignis einer Person zugleich Schaden und Gewinn. Dann kann, wer den Geldwert des Schadens zu erstatten hat, regelmäßig den Geldwert des Gewinns abziehen.

Beispiel. A. gewinnt durch sein Pferd einen Rennpreis von 1000 Mk.; dies war aber nur dadurch möglich, daß der Reiter, A.'s Befehl zuwider, das Pferd überanstrengt hat; das Pferd geht infolge der Überanstrengung ein; der Reiter darf, wenn A. von ihm den Wert des Pferdes ersetzt verlangt, die gewonnenen 1000 Mk. abziehen.

11. Regelmäßig kann der Gläubiger Schadensersatz nur für solchen Schaden fordern, der ihn selber betroffen hat. Doch giebt es Fälle, wo man auch fremden Schaden ersetzt verlangen darf. Namentlich kann, wer ein Geschäft in eignem Namen, aber für Rechnung eines Auftraggebers abgeschlossen hat, den Schaden ersetzt fordern, der durch mangelhafte Erfüllung des Geschäfts nicht ihm selber, sondern dem Auftraggeber erwächst.[14])

Fortsetzung. Besondere Fälle des Schadensersatzes.

§ 92.

1. Bei manchen Schuldverhältnissen hat auch nach neuestem Recht der zu Schadensersatz verpflichtete Schuldner nur beschränkten Ersatz zu leisten: so braucht z. B. der Frachtführer, wenn ein Frachtgut verloren gegangen oder zerstört ist, dem Absender oder Empfänger bloß den gewöhnlichen Wert des Gutes, nicht aber mittelbaren Schaden oder entgangenen Gewinn zu erstatten.[1]) Ähnliches gilt bei der Zerstörung einer versicherten Sache zu Gunsten des Versicherers.[2])

2. Wenn ein Vertrag wegen Irrtums erfolgreich angefochten wird oder wenn er wegen Simulation, wegen Mangel der Vertretungsmacht oder wegen objektiver Unmöglichkeit der Vertragsleistung ungültig ist, so ist die Person, welche hierfür verantwortlich gemacht werden kann, der Gegenpartei zu Schadensersatz verpflichtet. Doch kann die Gegenpartei nicht fordern, daß der Zustand hergestellt wird, welcher vorhanden sein würde, wenn der ungültige Vertragsschluß gültig gewesen wäre; denn sie hat ja auf den gültigen Abschluß, auf das positive Zustandekommen des Vertrages kein Recht gehabt; man drückt dies auch dahin aus, daß sie nicht die Vergütung ihres positiven Vertragsinteresses verlangen kann. Wohl aber kann die Gegenpartei fordern, daß der Zustand hergestellt wird, welcher vorhanden sein würde, wenn der ungültige Vertragsschluß ganz unterblieben wäre; ins-

14) Siehe mein Lehrb. des Handelsrechts § 39[53].
1) HGB. 396, 612.
2) HGB. 803; Preuß. Feuervers.Ges. v. 8. 5. 37 § 1.

besondere ist ihr der Schaden zu ersetzen, welchen sie dadurch erlitten hat, daß sie sich auf die Gültigkeit des Vertrages verlassen und auf seine Erfüllung gerechnet hat: man sagt demgemäß, daß sie die Vergütung ihres *negativen Vertragsinteresses* verlangen kann.[3]) Sollte übrigens ausnahmsweise das positive Interesse geringer sein als das negative, so muß sich die Gegenpartei mit der Erstattung des ersteren begnügen.[4])

Beispiel siehe oben S. 203 c und unten 333 d, e.

3. Wer nicht bloß, wie in den zuletzt erwähnten Fällen, sein negatives, sondern wer sein volles positives Interesse an der Vertragserfüllung ersetzt verlangen kann, darf dies häufig nach eigener Wahl in zwiefacher Art thun.

a) Er kann nämlich darauf bestehen, daß der Schuldner die eigentliche Vertragsleistung nach wie vor bewirke und nur zusätzlich zu ihr, z. B. weil sie zu spät oder am falschen Ort oder in unrichtiger Art erfolgt, noch den Ersatz seines Schadens fordern. Man spricht alsdann von Schadensersatz wegen *verspäteter* (oder sonst ungehöriger) *Vertragsleistung*.

b) Oder er kann auf die eigentliche Vertragsleistung ganz verzichten und also den Schadensersatz nicht zusätzlich zu der Vertragsleistung, sondern an deren Stelle fordern. Man spricht alsdann von Schadensersatz wegen *Nichterfüllung*.

4. a) In einigen wichtigen Fällen kann ein Gläubiger Schadensersatz in bestimmter Höhe fordern, ohne nachweisen zu müssen, daß sein Schaden wirklich diese Höhe erreicht, ja sogar, ohne den Gegenbeweis fürchten zu müssen, daß sein Schaden thatsächlich geringer oder ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist. Damit verläßt das Gesetz die römische individuelle Schadensberechnung und kehrt zu der deutschen typischen Berechnung zurück. Hierher gehört namentlich die Regel, daß bei Geldschulden ein in Verzug geratener Schuldner dem Gläubiger unter allen Umständen 4 % Verzugszinsen zahlen muß, auch wenn der Gläubiger selber zugesteht, daß er bei rechtzeitiger Zahlung das Geld nur zu 3 % angelegt haben würde. Ein anderes Beispiel ist die Bestimmung, daß bei verfrühter Aufhebung eines gewerblichen Arbeitsvertrages die schuldige Partei an die unschuldige für jeden Tag des Vertragsbruchs den Betrag des ortsüblichen Tagelohns zahlen muß.[5])

b) Diese typische Schadensberechnung giebt meistens nur den *Mindestbetrag* des vom Schuldner zu leistenden Schadensersatzes an; kann also der Gläubiger nachweisen, daß sein Schaden größer ist, so darf er auch den Mehrbetrag erstattet verlangen. So namentlich im Falle des Verzuges des Schuldners: die französische Regel, daß der säumige Schuldner einen die Verzugszinsen

---

3) Ihering, Jahrb. f. Dogm. 4 S. 1 (61); Mommsen, Erörterungen zum Obligationenrecht, Heft 2 (79).

4) RGB. 122, 179 Abs. 2, 307, 309. Ausnahme RGB. 179 Abs. 1.

5) RGB. 288; RGew.Ordn. 124 b.

übersteigenden Schaden garnicht, und die preußische Regel, daß er ihn nur bei grobem Verschulden zu erstatten habe, ist vom Reichsgesetzbuch nicht übernommen.[6]) Nur ausnahmsweise giebt die typische Schadensberechnung auch den Höchstbetrag des Schadensersatzes an.[7])

4. Einige andere besonders geartete Fälle des Schadensersatzanspruchs werden weiter unten in der Lehre von den unerlaubten Handlungen besprochen werden.

g) Privatstrafen.[1])

§ 93.

Privatstrafe ist die Genugthuung, welche jemand dem, gegen den er sich verfehlt hat, gewähren muß.

1. a) Die Privatstrafe ist dem Schadensersatz nahe verwandt. Doch kann die Schadensersatzpflicht auch bei einer Handlung des Verpflichteten Platz greifen, welche eine Verfehlung des Schuldners nicht enthält, z. B. im Falle der Enteignung. Außerdem ist der Zweck der Privatstrafe umfassender als der des Schadensersatzes: denn indem die Strafe dem Verletzten „Genugthuung" schaffen will, geht sie darauf aus, ihm nicht bloß den erlittenen Schaden abzunehmen, sondern auch das an ihm begangene Unrecht zu „sühnen"; demgemäß setzt die Strafe nicht voraus, daß der Verletzte überhaupt einen Schaden erlitten hat; noch weniger wird die Höhe der Strafe durch die Größe des dem Verletzten zugefügten Schadens bestimmt.

b) Dieser Gegensatz von Privatstrafe und Schadensersatz wird dadurch etwas verhüllt, daß, wie im vorigen Paragraphen gezeigt, das Gesetz in einigen Fällen den Schadensersatzanspruch von dem Nachweise eines bestimmten Schadens unabhängig macht. Trotzdem wird man auch derartige Schadensersatzansprüche von den Strafansprüchen unterscheiden. Denn wenn schon diese Ansprüche im Einzelfall dem Berechtigten ein Mehreres als den bloßen Ersatz des erlittenen Schadens verschaffen, ist dies doch eine vom Gesetz nicht positiv gewollte Folge. Wenigstens ihrer Bestimmung nach sollen jene Ansprüche nur den Schadensersatz umfassen; bloß damit sie keinesfalls hinter diesem Ziele zurückbleiben, sind sie so gestaltet, daß sie ausnahmsweise noch über das Ziel hinausschießen. Die Privatstrafe faßt dagegen von vorneherein ein weiteres und größeres Ziel als das des Schadensersatzes ins Auge.

2. Von den Kriminalstrafen sind die Privatstrafen namentlich dadurch ver-

---

6) c. c. 1153; Pr. LR. I, 11 § 833, 834; RGB. 288 Abs. 2.

7) Z. B. nach dem internationalen Eisenbahnfrachtvertrage Art. 40 (siehe auch Verkehrsordnung f. d. Eisenb. Deutschlands § 87), ferner nach HGB. 586 und RGes. v. 15. 6. 95 § 34, RPostGes. v. 28. 10. 71 § 9, 10 u. s. w.

1) Randa, Lehre v. d. Zinsen u. der Konventionalstrafe (69); Neuenfeld, ist die Konventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung? (85).

schieden, daß sie immer auf eine Vermögensleistung gehen und nicht an den Staat oder sonstige öffentlich-rechtliche Anstalten, sondern an den Verletzten fallen.

3. a) Die auf Gesetz beruhenden Privatstrafen hatten im alten Recht eine ganz außerordentliche Bedeutung [2]); haben doch im altdeutschen Strafrecht die Privatstrafen die öffentlichen Strafen weit überwogen. Doch ist ihre Bedeutung mehr und mehr geschwunden. Daran hat auch die Rezeption nichts geändert. Allerdings hat das römische Recht gleichfalls ein umfassendes System von Privatstrafen ausgebildet; die römischen Privatstrafen sind aber von der deutschen Praxis nur zum kleinsten Teil übernommen [2]); bis in die neuere Zeit hat sich eigentlich nur die Privatstrafe wegen Beleidigung erhalten, und auch dies nur im gemeinen Recht. [3])

b) Das Reichsgesetzbuch erkennt gesetzliche Privatstrafen überhaupt nicht mehr an. Selbst die Geldzahlung, welche bei Körperverletzung, Freiheitsberaubung u. dgl. „wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist", gefordert werden kann [4]), ist vom Reichsgesetzbuch ausdrücklich als Entschädigung bezeichnet. So sind die gesetzlichen Privatstrafen jetzt auf das Gebiet der durch Sondergesetz geregelten Materien beschränkt. Ein wichtiges Beispiel ist das Pfand- oder Ersatzgeld, welches der Besitzer von Vieh, das ein fremdes Grundstück betritt, nach preußischem Recht an den Grundstücksbesitzer zu zahlen hat. [5])

4. Weit wichtiger als die gesetzlichen sind im heutigen Recht die rechtsgeschäftlichen Privatstrafen, namentlich die Vertragsstrafen.

a) Am häufigsten wird die Vertragsstrafe in Verbindung mit einer anderen Leistung derart versprochen, daß sie nur dann zu erlegen ist, wenn die andere Leistung nicht vertragsmäßig bewirkt wird. Diese andere Leistung ist also der Hauptgegenstand des Vertrages, die Strafe steht erst in zweiter Reihe; das Recht des Gläubigers auf die andere Leistung bildet seinen Hauptanspruch; das Recht auf die Strafe ist dagegen nur ein Nebenanspruch, welcher bloß dazu bestimmt ist, den Hauptanspruch nach Möglichkeit zu sichern. Dem entsprechen folgende Regeln: 1. ist der Hauptanspruch verjährt, so ist auch der Strafanspruch verjährt; 2. ist der Hauptanspruch nicht erzwingbar, so ist auch der Strafanspruch ungültig. [6])

Beispiel. 1. A. verspricht der B. die Ehe und verpflichtet sich für den Fall, daß er dies Gelöbnis nicht erfüllt, zu einer Strafe von 1000 Mk. 2. M. hat dem N. privatschriftlich ein Haus verkauft und die Auflassung binnen 14 Tagen bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 1000 Mk. versprochen. In beiden Fällen ist die Strafabrede ungültig.

b) Ist die Strafe für den Fall versprochen, daß der Hauptanspruch des Gläubigers garnicht befriedigt wird, so kann der Gläubiger den Haupt-

2) Windscheid 2 § 326 [5]; Stobbe 3 § 199.
3) Landsberg, Injuria u. Beleidigung (86).
4) RGB. 847. 5) Preuß. Ges. v. 1. 4. 1880 § 69.
6) RGB. 224, 344.

anspruch und den Strafanspruch nicht zusammen geltend machen, sondern nur den einen oder den anderen. Und zwar steht die Entscheidung darüber, welcher der beiden Ansprüche zur Ausübung kommt, dem Gläubiger zu. Der Schuldner ist also keineswegs befugt, sich von der Hauptleistung dadurch zu befreien, daß er dem Gläubiger Zahlung der Strafe anbietet, sondern der Gläubiger kann die Strafe zurückweisen und bei der Hauptleistung beharren. — Entscheidet sich der Gläubiger für die Strafe, so hat er damit den Hauptanspruch endgültig verloren.[7]) Umgekehrt: entscheidet sich der Gläubiger für die Hauptleistung, so verliert er den Strafanspruch nicht, sondern kann die getroffene Entscheidung ändern und schließlich doch die Strafe einfordern. Endlich: entscheidet er sich gar nicht, so kann der Schuldner ihm die Hauptleistung anbieten und ihn dadurch zu einer sofortigen Entscheidung nötigen. — Ob die Strafe auch dann verfallen ist, wenn der Schuldner die Hauptleistung teilweise bewirkt, teilweise nicht bewirkt hat, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen.

c) Wenn die Strafe für den Fall versprochen ist, daß der Schuldner seine Hauptverbindlichkeit zu spät oder in unrichtiger Art erfüllt, so kann der Gläubiger den Haupt- und den Strafanspruch zusammen geltend machen. Jedoch muß er, wenn er die Hauptleistung so, wie der Schuldner sie geboten, annimmt, sich die Strafe besonders vorbehalten; anderenfalls ist der Strafanspruch erloschen.[8])

d) Die Strafe ist verfallen, wenn der Schuldner mit der Hauptleistung in Verzug gerät. Und zwar muß der Gläubiger den Umfang und die Fälligkeit der Hauptleistung nachweisen; dagegen ist es Sache des Schuldners, darzuthun, daß er nicht im Verzuge sei, vielmehr die Hauptleistung gehörig bewirkt habe oder durch einen Umstand, der ihm nicht zur Last falle, daran behindert sei.[9]) — Anders, wenn die Hauptleistung eine Unterlassung war; hier ist die Strafe verfallen, sobald der Schuldner seine Pflicht thatsächlich verletzt, d. h. die zu unterlassende Handlung thatsächlich vornimmt, mag auch ein eigentlicher Verzug auf seiner Seite nicht vorliegen; der Schuldner bleibt also straffällig, auch wenn er an der Erfüllung seiner Unterlassungspflicht durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand gehindert, ja sogar wenn er zur Vornahme der Handlung, die er zu unterlassen versprach, durch Drohung oder Gewalt gezwungen worden ist. Dafür ist die Beweislast zu seinen Gunsten verschoben: nicht er braucht zu beweisen, daß die Handlung pflichtgemäß unterlassen, sondern der Gläubiger muß beweisen, daß die Handlung pflichtwidrig vorgenommen ist.[10])

e) Die Höhe der Strafe hängt zunächst von der freien Vereinbarung der Parteien ab. Doch hat schon die frühere Gesetzgebung der Vertragsfreiheit Schranken gezogen; so durfte nach preußischem Rechte die Strafe nicht mehr betragen als das doppelte Interesse der Gläubigers, während sie nach französischem Rechte, wenn die Hauptleistung bereits teilweise bewirkt war, richterlich er-

7) RGB. 340. 8) RGB. 341 Abs. 1, 3.
9) RGB. 339, 345, 285. Ähnlich RGB. 358.
10) RGB. 339, 345; ähnlich RGB. 358.

mäßigt werden konnte.[11]) Noch weiter geht das Reichsgesetzbuch: es gibt, wenn die verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist, dem Gerichte auf Antrag des Schuldners ganz allgemein das Recht, die Strafe, solange sie noch nicht entrichtet ist, auf einen angemessenen Betrag herabzusetzen[12]). Anders als bei den Beschränkungen des Wuchers werden besondere subjektive Voraussetzungen weder in Ansehung des Gläubigers noch in Ansehung des Schuldners gemacht; das richterliche Ermäßigungsrecht gilt also selbst dann, wenn der Schuldner bei Festsetzung der Strafe wußte, was er that, und sich weder auf seine Unerfahrenheit oder seinen Leichtsinn noch auf seine Notlage berufen kann. Doch hat das Gericht zwar das „Recht", die Strafe zu ermäßigen, ist aber nicht dazu verpflichtet; es wird also aus freien Stücken die Ermäßigung ablehnen, wenn der Schuldner sie nicht subjektiv zu rechtfertigen vermag. — Daneben sind auch die Wuchergesetze auf übermäßige Vertragsstrafen anwendbar; das ist namentlich um deswillen wichtig, weil eine Vertragsstrafe, wenn sie als wucherisch erscheint, nicht herabgesetzt wird, sondern in ihrem ganzen Umfang nichtig ist und, wenn der Schuldner sie bereits gezahlt hat, zurückgefordert werden kann.

f) Die Strafe ist kein Schadensersatzanspruch[13]), verfolgt aber ein ähnliches Ziel wie dieser; denn sie will dem Gläubiger Genugthuung gewähren, und die Genugthuung schließt den Schadensersatz in sich. Daraus folgt, daß der Gläubiger nicht zugleich Strafe und Schadensersatz fordern darf. Vielmehr muß er, wenn die Strafe in einer Geldzahlung besteht, sich auf seine Schadensersatzforderung den vollen Betrag der Strafe abrechnen lassen, sodaß er kraft seines Schadensersatzanspruchs nur den Theil des Schadens erstattet bekommt, der erweislich über den Betrag der Strafe hinaus geht.[14]) Besteht die Strafe in einer anderen Leistung als einer Geldzahlung, so darf der Gläubiger, der auf der Strafe besteht, einen Schadensersatzanspruch überhaupt nicht geltend machen.[15])

Nach preußischem und französischem Recht konnte der Gläubiger, welcher sich eine Vertragsstrafe bedungen, Schadenersatz überhaupt nicht fordern, selbst wenn der Schaden erweislich mehr ausmachte als die Strafe.[16]) Die Strafe wurde also als eine vertragsmäßige, auch den Gläubiger bindende Festsetzung des Schadenersatzanspruchs behandelt. Die übrigen Landesrechte, das HGB. 284 und nun das Reichsgesetzbuch haben diese Regel nicht aufgenommen.

g) Möglich ist es, daß eine Vertragsstrafe auch in anderer Art versprochen wird, als bisher geschildert. So kann der Schuldner sich zu der Hauptleistung und für den Fall, daß er diese nicht bewirkt, zu einer Strafe in der Art ver-

11) Pr. LR. I, 5 § 301; c. c. 1231.
12) RGB. 343. 13) Siehe oben S. 322 a.
14) RGB. 340 Abs. 2; 341 Abs. 2.
15) RGB. 342.
16) Pr. LR. I, 5 § 293; c. c. 1152.

pflichten, daß nicht der Gläubiger, sondern er selber zwischen der Hauptleistung und der Entrichtung der Strafe zu wählen hat; die Strafe wirkt dann zugleich als ein Reugeld, mit welchem der Schuldner sich von seiner Hauptverpflichtung löst. Ja der Schuldner braucht sich zu der Hauptleistung überhaupt nicht zu verpflichten, sondern kann für den Fall, daß er die Hauptleistung nicht freiwillig bewirkt, als einzige Pflicht die Strafe übernehmen. Das richterliche Ermäßigungsrecht soll aber auch auf derartige besondere Arten der Vertragsstrafe anwendbar sein.[17])

Wie sind die beiden oben S. 323, 4 genannten Beispiele zu entscheiden, wenn der Schuldner sich zu der Hauptleistung garnicht verpflichtet, sondern lediglich für den Fall, daß er die Hauptleistung nicht freiwillig bewirke, die Strafe übernimmt? Das Gesetz erklärt im ersten Beispiel das Strafversprechen für ungiltig (RGB. 1297 Abs. 2); im zweiten Beispiel dürfte das Strafversprechen dagegen für giltig zu erklären sein.

5. Im Konkurse des Schuldners gelten die Ansprüche auf Geldstrafen nicht als Konkursforderungen, sondern werden garnicht berücksichtigt.[18]) Dies gilt auch für Ansprüche auf gesetzliche Privatstrafen, nicht dagegen für Ansprüche auf Vertragsstrafen.[19])

h) Draufgabe.

§ 94.

Die Draufgabe wird von der einen Vertragspartei gegeben und von der anderen angenommen, um damit die Verbindlichkeit des Vertragsschlusses zu bekunden. Diese Bekundung kann dem Vertragsschluß nachfolgen. Sie kann aber auch den Vertragsschluß selber darstellen, indem die Parteien durch die Leistung und Annahme der Draufgabe ihren Vertragswillen zum erstenmale in verbindlicher Art erklären. Daß für einige Verträge die Landesgesetze in Anknüpfung an das ältere deutsche Recht die Leistung und Annahme einer Draufgabe als Vertragsform geradezu vorschreiben, ist bereits früher erwähnt.[1])

1. Die Hingabe und Annahme der Draufgabe soll die Wirkung des Vertragsschlusses bestärken, indem sie die Thatsache des Vertragsschlusses unzweideutig feststellt. Daraus folgt, daß die Draufgabe nicht, wie dies das französische Recht bestimmt[2]), als Reugeld dient, daß also der Empfänger den Vertragsschluß nicht etwa durch Zurückgabe der Draufgabe rückgängig machen kann[3]); denn wenn dies der Fall wäre, würde ja die Draufgabe die Wirkung des Vertrages geradezu abschwächen.

2. a) Weil die Draufgabe zunächst nur den Abschluß des Vertrages bekunden soll, darf sich der Empfänger mit ihr nicht bereichern. Vielmehr muß

---

17) RGB. 343 Abs. 2. 18) Konk.Ordn. 56 Nr. 3.
19) Konk.Ordn. § 55 Nr. 2.
1) Siehe oben S. 289 f.
2) c. c. 1590 (Draufgabe beim Kauf). 3) RGB. 336.

er die Draufgabe auf die vom Geber geschuldete Leistung anrechnen oder sie, wenn die Leistung ihr nicht gleichartig ist, bei Erfüllung des Vertrages dem Geber zurückgewähren; der Geber kann in letzterem Falle seine Leistung bis zur Zurückgewährung der Draufgabe zurückbehalten.[4]) Wird der Vertrag wieder aufgehoben, so ist die Draufgabe gleichfalls zurückzugewähren.[5])

b) Doch hat die Draufgabe zugleich den Charakter einer schwachen Vertragsstrafe: ist nämlich der Geber der Draufgabe daran schuld, daß der Vertrag wieder aufgehoben wird, oder ist die dem Geber obliegende Leistung durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Empfänger die Draufgabe behalten. Nur wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verbleibt es bei der allgemeinen Regel, daß die Draufgabe abzurechnen oder zurückzugeben ist.[6])

i) Ersatz von Aufwendungen.

§ 95.

Die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen wird bald durch Rechtsgeschäft bald durch Gesetz begründet; handelt es sich um Aufwendungen, welche dem Berechtigten wider seinen Willen aufgedrängt werden, so ist deren Erstattung ein besonderer Fall des Schadensersatzes. Das Gesetz stellt bezüglich der Verpflichtung zur Erstattung von Aufwendungen folgende Regeln auf.

1. Der Schuldner hat nicht bloß den aufgewendeten Geldbetrag, sondern außerdem noch 4 % Zinsen davon seit dem Tage der Aufwendung zu zahlen. Sind andere Sachen als Geld aufgewendet, z. B. bei der Fütterung eines Tieres, so muß er auch deren Geldwert verzinsen. Handelt es sich jedoch um Aufwendungen auf einen Gegenstand, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, und darf der Ersatzberechtigte die Nutzungen des Gegenstandes ohne Vergütung behalten, so werden diese Nutzungen zwar nicht gegen die Aufwendungen selbst, aber doch gegen deren Zinsen aufgerechnet; der Berechtigte muß sich also mit dem zinslosen Ersatz der Aufwendungen begnügen.[1])

Näheres unten im Sachenrecht. Dort wird auch zu erwähnen sein, daß der Ersatzberechtigte in gewissen Fällen die Aufrechnung der Nutzungen sogar mit den Aufwendungen selber gestatten muß.

2. Hat der Berechtigte zum Zwecke seiner Aufwendungen eine Verbindlichkeit übernommen, hat er z. B. Tierfutter angeschafft, aber noch nicht bezahlt, so kann er fordern, daß der zur Erstattung der Aufwendung verpflichtete Schuldner ihn von dieser Verbindlichkeit befreit; ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so muß er sich damit begnügen, daß der Ersatzpflichtige ihm, statt ihn zu befreien, Sicherheit leistet.[2])

---

4) Siehe oben S. 303, 2. 5) RGB. 337. 6) RGB. 338.
1) RGB. 256. 2) RGB. 257.

k) Erteilung von Auskunft.

§ 96.

Eine Pflicht zur Erteilung von Auskunft kann in mannigfacher Weise begründet werden, sei es durch Vertrag, sei es durch Gesetz. So ist etwa der Dieb verpflichtet, dem Bestohlenen anzugeben, wohin er die gestohlene Sache verbracht hat, und kann durch richterliche Strafen dazu gezwungen werden; diese seine Auskunftspflicht folgt einfach daraus, daß er zur Beseitigung des von ihm angerichteten Schadens verpflichtet ist. Für zwei Arten der Auskunftspflicht stellt das Gesetz besondere Regeln auf.

1. Wer einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben hat, z. B. der unrechtmäßige Besitzer eines fremden Grundstücks, der außer dem Grundstück dessen Inventar herausgeben muß, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen. Kann der Berechtigte Thatsachen nachweisen, welche die Annahme begründen, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu im stande sei. Nur bei Sachen von geringer Bedeutung braucht er diesen Eid nicht zu leisten.[1])

2. Wer über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen hat, muß die ihm hiernach obliegende Auskunftspflicht durch Vorlegung einer förmlichen Rechnung erfüllen, welche Einnahmen und Ausgaben geordnet, also übersichtlich zusammenstellt. Soweit Belege erteilt zu werden pflegen, muß er auch Belege vorlegen, z. B. über größere Ausgaben, während für kleine, alltägliche Ausgaben, z. B. für Droschkenfahrten, Trinkgelder, Belege nicht nötig sind. Kann der Berechtigte Thatsachen nachweisen, welche die Annahme begründen, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit gehöriger Sorgfalt gemacht worden sind, so ist der Verpflichtete zur Leistung eines Offenbarungseides in gleicher Art verpflichtet, wie in dem zu 1. genannten Falle. Auf die Ausgabenseite der Rechnung bezieht sich diese Pflicht nicht.[2])

l) Leistungen zu Gunsten eines Dritten.[1])

§ 97.

Ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten liegt vor, wenn sich jemand vertragsmäßig zu einer Leistung nicht an die andere Vertragspartei, sondern an eine dritte Person verpflichtet.

---

1) RGB. 260. 2) RGB. 259.

1) Busch, Doctrin u. Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (60);

1. a) Älterer deutscher Auffassung folgend wird die Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter im bisherigen Recht — der römischen Regel zuwider — allgemein anerkannt.[2]) Doch lassen die Landesgesetze aus diesen Verträgen für den Dritten erst dann ein eigenes Recht entstehen, wenn er mit Zustimmung beider Vertragsparteien dem Vertrage beigetreten ist[3]); solange dies nicht geschehen, kann also der Dritte auf die zu seinen Gunsten festgesetzte Leistung nicht klagen. Nur bei einzelnen Arten dieser Verträge erwirbt der Dritte ausnahmsweise ein eigenes Recht, auch wenn er dem Vertrage nicht beigetreten ist: so beim Frachtvertrage der Empfänger[4]), bei der Übernahme eines kaufmännischen Geschäfts die Geschäftsgläubiger, welche sich also sofort an den neuen Geschäftsinhaber halten können[5]), bei der Lebensversicherung auf den Todesfall der Versicherte, bei der Übernahme eines Bauernguts die Familienmitglieder, welche der Übernehmer abzufinden oder zu versorgen versprochen hat[7]) u. s. w.

b) Eine weitergehende Ansicht machte sich im Gebiete des gemeinen Rechts geltend, freilich ohne überall Anerkennung zu finden.[8]) Was nach den übrigen Landesrechten nur in Ausnahmefällen statthaft war, soll allgemein gültig sein: bei sämtlichen Verträgen zu Gunsten eines Dritten soll der Dritte ein eignes Recht erwerben, auch wenn er dem Vertrage nicht beigetreten ist.

2. Das Reichsgesetzbuch schließt sich an die zuletzt gedachte gemeinrechtliche Lehre an.

a) Voraussetzung ist natürlich, daß die Vertragsparteien den Rechtserwerb des Dritten beim Vertragsabschluß beabsichtigt haben. Und zwar muß der Dritte, der ein Recht aus dem Vertrage für sich herleitet, im Streitfall beweisen, daß diese Voraussetzung erfüllt ist; denn daraus, daß die Vertragsparteien ihn in dem Vertrage haben begünstigen wollen, folgt noch nicht entfernt, daß sie ihm auch ein festes Recht auf die ihm zugedachte Gunst zu gewähren beabsichtigt haben. Für zwei wichtige Fälle stellt das Gesetz übrigens besondere Auslegungsregeln auf. 1. Wenn sich jemand einem anderen gegenüber zur Befriedigung eines Gläubigers desselben verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen[8a]), spricht die Vermutung dagegen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern. 2. Wird die Zahlung einer Lebensversicherungssumme oder Leibrente an einen Dritten bedungen oder wird bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine

---

Bähr, Jahrb. für Dogm. 6 S. 131 (63); Unger, ebenda 10 S. 1 (69); Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter (73); Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (73) S. 142.

2) Nur Gerber § 159[3] leugnet, daß „das heutige Recht die Wirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter allgemein anders bestimme als das römische Recht".

3) Preuß. LR. I, 5 § 75, c. c. 1121, Sächs. GB. 854.

4) HGB. 405. 5) Mein Lehrb. des Handelsrechts § 14, 5.

6) Eccius 2 § 146[11]; Ehrenberg, Versicherungsrecht 1 (93) S. 178.

7) Dernburg, preuß. Privatrecht 2 § 20.

8) Dafür namentlich Unger und Gareis, dagegen Bähr a. a. O.

8a) Also im Falle unten S. 377 II.

Leistung an einen Dritten auferlegt oder wird bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer die Abfindung eines Dritten versprochen, so spricht umgekehrt die Vermutung für den Rechtserwerb des Dritten. In allen anderen Fällen hat dagegen die Auslegung freie Hand.[9])

Beispiele. 1. Jemand bestellt Möbel zur Ausstattung seiner volljährigen Tochter; im Zweifel wird die Tochter ein Recht auf die Möbel nicht erwerben. 2. Jemand bedingt beim Verkaufe eines Hauses aus, daß der Nachbar und seine Familie durch den zum Hause gehörigen Garten gehen dürfen; aus diesem Vertrage wird der Nachbar ein Recht erwerben, seine Familie dagegen nicht.

b) Der Rechtserwerb des Dritten geschieht, ohne daß seinerseits eine Annahmeerklärung nötig wäre, ja sogar ohne daß er den Erwerb wirklich will oder auch nur kennt. Doch kann er den Erwerb zurückweisen; dazu ist eine Erklärung an die Vertragspartei nötig, welche die Leistung versprochen hat; erfolgt sie, so gilt der Rechtserwerb als nicht geschehn.[10])

c) Wann sich der Rechtserwerb des Dritten vollzieht, läßt sich nicht allgemein bestimmen; so erwirbt z. B. beim Frachtvertrage der Empfänger sein Recht erst dann, wenn der Frachtführer seine Reise vollendet hat; bei der Lebensversicherung auf den Todesfall einer Person tritt der Rechtserwerb erst ein, wenn diese Person gestorben ist[11]) u. s. f. Ebensowenig ist eine allgemeine Antwort auf die Frage möglich, ob der Rechtserwerb des Dritten ein unwiderruflicher ist; so kann z. B. beim Frachtvertrage das Recht des Empfängers durch einseitige Erklärung des Absenders aufgehoben werden; erst wenn der Empfänger Klage auf Auslieferung des Frachtguts erhebt oder wenn der Frachtbrief ihm ausgehändigt wird, ist sein Recht unwiderruflich.[12])

d) Da der Rechtserwerb des Dritten sich auf den Vertrag stützt, sind alle Einreden aus diesem Vertrage auch wider den Dritten zulässig, z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; nur solche Einreden, die erst entstanden sind, nachdem sein Rechtserwerb unwiderruflich geworden ist, sind gegen ihn ausgeschlossen.[13]) Das Recht des Dritten ist also ein eignes, aber aus dem Vertrage abgeleitetes Recht.

e) Diejenige Vertragspartei, welche sich die Leistung zu Gunsten des Dritten hat versprechen lassen, hat ein Recht auf die Leistung selbst dann, wenn der Rechtserwerb des Dritten bereits unwiderruflich geworden ist[14]); doch kann sie lediglich fordern, daß die Leistung dem Dritten, nicht, daß sie ihr selber gewährt werde.

---

9) RGB. 328—330. 10) RGB. 333. 11) RGB. 331.
12) RGB. 331, 332; HGB. 402, 405.
13) RGB. 334. Über Aufrechnung siehe § 111 I, 1 a.
14) RGB. 335.

III. Unmögliche Leistungen.[1])

§ 98.

Über Verbindlichkeiten, die auf unmögliche Leistungen gerichtet sind, stellt das Reichsgesetzbuch ein verwickeltes System von Rechtsregeln auf, welches überwiegend auf römischer Grundlage beruht. Es unterscheidet dabei hauptsächlich zwei Arten der Unmöglichkeit, die objektive und die subjektive. Erstere bedeutet, daß die Leistung nicht bloß für den Schuldner, sondern für jedermann unmöglich ist; letztere bedeutet, daß die Leistung zwar für den Schuldner unmöglich, für andere Personen dagegen möglich ist. Übrigens bezeichnet das Reichsgesetzbuch die subjektive Unmöglichkeit garnicht als „Unmöglichkeit", sondern als „Unvermögen des Schuldners zur Leistung."[2])

Beispiele. 1. Objektiv unmöglich: die Lieferung einer Sache, die niemals vorhanden war oder bereits untergegangen oder spurlos verschwunden ist. 2. Subjektiv unmöglich: die Lieferung einer Sache, die ein Dritter im Besitz hat und nicht herausgeben will, die Zusage eines Darlehns seitens einer Person, die selber kein Geld und keinen Kredit hat. — Wenn Jemand aus rein persönlichen Gründen nicht imstande ist, eine von ihm versprochene Dienstleistung auszuführen, so ist die Unmöglichkeit objektiv, wenn er die Leistung persönlich auszuführen verpflichtet ist, z. B. ein Konzertsänger kann wegen Krankheit das versprochene Konzert nicht geben; andernfalls ist die Unmöglichkeit bloß subjektiv, z. B. ein Schuhmacher kann wegen Krankheit die versprochenen Stiefel nicht anfertigen.

I. Erster Fall: die Unmöglichkeit besteht von Anfang an, d. h. die Leistung ist schon zu der Zeit unmöglich, da der zur Begründung der Leistungspflicht erforderliche Thatbestand verwirklicht, insbesondere der auf die Leistung gerichtete Vertrag abgeschlossen wird (ursprüngliche Unmöglichkeit).

1. Eine Verbindlichkeit, welche auf eine Leistung geht, die von Anfang an objektiv unmöglich ist, kann gültig nicht begründet werden. Insbesondere ist ein Vertrag, durch welchen sich jemand zu einer objektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, völlig nichtig.[3])

a) Demgemäß ist es nicht bloß ausgeschlossen, daß der Gläubiger die Leistung vom Schuldner thatsächlich beizutreiben sucht; sondern der Gläubiger darf die (angebliche) Leistungspflicht des Schuldners nicht einmal mit einer Feststellungsklage zur Geltung bringen.

b) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Unmöglichkeit der Leistung später gehoben wird; die Leistungspflicht des Schuldners wird also hierdurch nicht etwa nachträglich gültig. Doch enthält diese Regel kein zwingendes Recht; somit steht nichts im Wege, daß die Parteien über eine zur Zeit unmögliche Leistung schon jetzt einen gültigen Vertrag schließen, für den Fall, daß die Leistung später möglich wird. Hat der Schuldner seine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung versprochen, so genügt es,

---

1) Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht 1 S. 1 (53).
2) RGB. 275 Abs. 2. 3) RGB. 306.

wenn die Leistung bis zur Erfüllung der Bedingung oder bis zum Ablauf der Frist möglich geworden.[4])

c) Gleichgültig ist es, ob etwa der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, irgend einen Ersatz für den geschuldeten Gegenstand bekommen hat. Der Gläubiger kann also nicht einmal die Herausgabe dieses Ersatzes fordern.[5])

d) Auch ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers ist nicht begründet, es sei denn, daß der Schuldner die Leistung vertragsmäßig übernommen hat und schon bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung hätte erkennen müssen oder wirklich erkannt hat.[6]) Und auch in diesem Falle — dessen Voraussetzungen der Gläubiger zu beweisen hat — braucht der Schuldner nicht das volle positive, sondern nur das negative Interesse des Gläubigers zu erstatten.[7])

e) Der Ersatzanspruch des Gläubigers fällt fort, wenn auch er bei Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit der Leistung hätte bemerken müssen oder wirklich bemerkt hat.[8]) Darauf, ob das Verschulden des Gläubigers oder das des Schuldners das größere war, kommt es nicht an.

2. Eine Verbindlichkeit, welche auf eine Leistung geht, die von Anfang an subjektiv unmöglich ist, kann sehr wohl gültig begründet werden. Insbesondere ist ein Vertrag, durch welchen jemand sich zu einer subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, vollgültig.

a) Demgemäß kann der Gläubiger die Leistung, obschon sie unmöglich ist, dennoch einklagen, ohne fürchten zu müssen, daß er mit seiner Klage abgewiesen wird.

b) Demgemäß kann er die Leistung, wenn ihre Unmöglichkeit nachträglich gehoben wird, auch thatsächlich beitreiben.

c) Demgemäß kann er, wenn der Schuldner an Stelle des geschuldeten Gegenstandes durch den Umstand, der ihm die Leistung unmöglich machte, einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch gewonnen hat, die Herausgabe des Ersatzes oder die Abtretung des Ersatzanspruchs fordern, eine „Ersatzleistung", die von der Leistung von Schadensersatz scharf zu unterscheiden ist. Hierher gehört namentlich der Fall, daß der Schuldner die von ihm zu liefernde Sache versichert und nun, da sie untergegangen, die Versicherungssumme empfangen hat; ebenso der andere Fall, daß ein Dritter die Unmöglichkeit der Leistung schuldhaft verursacht hat und dafür dem Schuldner ersatzpflichtig ist.[9])

d) Vor allem kann aber der Gläubiger vom Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit fordern. Dies Recht hat er auch

4) RGB. 308. 5) Siehe unten zu Nr. 2c.
6) Siehe auch unten § 99 [1].
7) RGB. 307. Siehe oben S. 320, 2 und unten S. 333 Abs. 2.
8) RGB. 307.
9) Folgt analog aus RGB. 281 Abs. 1.

dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung nicht gekannt hat und garnicht hat kennen können. Und er kann nicht bloß die Erstattung seines negativen, sondern seines vollen positiven Interesses fordern. Der Schuldner muß eben unbedingt dafür aufkommen, daß er subjektiv im stande ist, die Verbindlichkeiten, welche er rechtsgeschäftlich übernimmt oder welche das Gesetz ihm aufzuerlegen für gut befindet, auch wirklich zu erfüllen.

Beispiel. Förster A. verkauft dem B. zwei Jagdhunde, Juno und Feldmann, für je 200 Mk.; indes war Juno zur Zeit des Verkaufs, wie A. hätte wissen müssen, von einem Wilddiebe totgeschossen; Feldmann gehörte dagegen, obschon A. dies nicht wußte und auch nicht wissen konnte, garnicht ihm, sondern dem C.; dieser weist sein Eigentum nach und erzwingt die Herausgabe des Hundes an sich. A. kann also beide Hunde nicht liefern; die Unmöglichkeit ist objektiv inbetreff der Juno, subjektiv inbetreff des Feldmann. Inzwischen hat B. beide Hunde mit je 50 Mk. Gewinn an D. verkauft; als er sie nicht liefern kann, fordert D. je 20 Mk. Reugeld, und B. zahlt sie auch. B. kann wegen der Juno nur die 20 Mk. (negatives Interesse), wegen des Feldmann dagegen 50 Mk. (positives Interesse) erstattet verlangen. — Dies Beispiel zeigt zugleich, daß die vom Reichsgesetzbuch beliebte Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der inneren Begründung entbehrt.

e) Der Ersatzanspruch des Gläubigers fällt nicht schon dann fort, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung gekannt hat oder hätte kennen müssen. Nur dann, wenn in seinem Verhalten ein Verstoß wider Treu und Glauben liegt oder wenn er an dem ihm erwachsenen Schaden selber (allein oder überwiegend) schuld ist, ist sein Ersatzanspruch nach allgemeiner Regel verwirkt.[10])

II. Zweiter Fall: Die Unmöglichkeit ist erst eingetreten, als die Leistungspflicht bereits begründet, insbesondere der auf die Leistung gerichtete Vertrag bereits abgeschlossen war (nachträgliche Unmöglichkeit).

1. Das Gesetz unterscheidet hier eine Unmöglichkeit, welche der Schuldner verantworten, und eine Unmöglichkeit, welche er nicht verantworten muß.

a) Wenn der Gegenstand der Leistungspflicht individuell bestimmt ist, muß der Schuldner die Unmöglichkeit nur dann verantworten, wenn er oder seine Vertreter oder Gehilfen sie verschuldet haben.[11]) Bloß wenn er in Verzug geraten ist, muß er auch für eine zufällig eintretende Unmöglichkeit aufkommen.[12]) Zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit wird hier nicht unterschieden.

Über die Ausnahmen, in welchen der Schuldner, auch wenn er nicht in Verzug ist, für Zufall einsteht, siehe oben S. 244.

b) Wenn der Gegenstand der Leistungspflicht nur der Gattung nach bestimmt ist, kommt das Gesetz dagegen auf die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit wieder zurück. Es unterwirft nämlich die objektive Unmöglichkeit (also den Fall, daß eine Leistung der geschuldeten

10) Siehe oben S. 297 VI; 317, 7 b.
11) RGB. 276—278.
12) RGB. 287, siehe unten § 105 II, 1 a.

Gattung überhaupt unmöglich ist) der Regel zu a: der Schuldner muß also, solange er nicht in Verzug ist, nur für sein oder seiner Vertreter oder Gehilfen Verschulden einstehn. Ist aber die Unmöglichkeit eine bloß subjektive, so muß der Schuldner, auch wenn er nicht in Verzug ist, unbedingt und ausnahmslos jeden Zufall verantworten. [13])

Beispiele. I. A. hat 10 Stück bayrische Prämienanleihe geerbt, will sie aber nicht behalten, sondern verkauft 1. an B. „5 Stück bayrische Prämienanleihe", an C. „5 Stück von der bayrischen Prämienanleihe, die er von seinem Vater geerbt hat". Noch vor der Erfüllung des Kaufs werden die 10 Papiere trotz guter Verwahrung dem A. gestohlen, und da A. mittellos ist, kann er die Papiere sich nicht anderweit beschaffen, sondern ist „unvermögend", sie zu liefern. Dem B. gegenüber bleibt er trotzdem haftbar, während er dem C. gegenüber befreit ist; denn der Gegenstand der Leistung war jenem gegenüber nur „der Gattung nach", diesem gegenüber „individuell" bestimmt. II. Der Kunsthändler M. hat dem N. ein bestimmtes auf der Ausstellung befindliches Bild Menzels und außerdem zwei Ungersche Radierungen zu liefern versprochen; durch den unvermuteten Bankerott seines Bankiers verarmt M. und kann beide Verpflichtungen nicht erfüllen; er ist frei wegen des Menzel (individuell bestimmter Gegenstand), haftbar wegen der Radierungen (nach der Gattung bestimmte Gegenstände). III. O. verkauft dem P. 60 Stück Aktien der Deutschen Bank, lieferbar „am Ultimo des Monats, spätere Lieferung ausgeschlossen"; gleich nach Abschluß des Kaufs erkrankt er schwer, sodaß er den Verkauf nicht einmal seinen Gehilfen mitteilen kann, und bleibt in diesem Zustande den ganzen Monat hindurch; so ist er außer stande gewesen, die Aktien, die er zur Zeit des Verkaufs noch nicht besaß, nachträglich bis zum Ultimo anzuschaffen; die Lieferung der Papiere am Ultimo ist ihm also subjektiv unmöglich; er ist haftbar. — Die Fälle zu II, III sind besonders beachtenswert, weil ihre von mir gegebene Entscheidung höchst unbillig ist; doch glaube ich nicht, daß man sie angesichts von RGB. 275 Abs. 2, 279 anders entscheiden kann. Allerdings ist es mir fraglich, ob die Verfasser dieser beiden Artikel sich die Tragweite der von ihnen aufgestellten Regeln klargemacht haben; vielleicht hat ihnen nur der römische Satz genus non perit (der freilich etwas ganz anderes besagt, als unser § 279) vorgeschwebt.

2. a) Braucht der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu verantworten, so ist seine Leistungspflicht nunmehr erloschen, der Schuldner also von jeder Verpflichtung frei. [14]) Der Gläubiger wird demgemäß, wenn er den Schuldner trotzdem auf die Leistung oder auf die Feststellung der Leistungspflicht verklagt, mit der Klage abgewiesen.

b) Muß dagegen der Schuldner die Unmöglichkeit verantworten, so bleibt seine Leistungspflicht bestehen. Eine Klage des Schuldners auf die Leistung darf also trotz ihrer Unmöglichkeit nicht abgewiesen werden. Vor allem ist aber der Schuldner schadensersatzpflichtig; und zwar haftet er auf das volle Interesse des Gläubigers. Seine Ersatzpflicht fällt fort, wenn der Gläubiger an der Unmöglichkeit (allein oder überwiegend) schuld ist. [15])

3. Gemeinsam für die Unmöglichkeit, welche der Schuldner zu verantworten und für die Unmöglichkeit, welche er nicht zu verantworten hat, gelten folgende zwei Regeln.

a) Ist eine Leistung nur vorübergehend unmöglich und wird die Un-

---

13) RGB. 279; Ubbelohde, Arch. f. civ. Pr. 85 S. 118 (95). 14) RGB. 275.
15) RGB. 280, 254. Siehe oben S. 317, 7b.

möglichkeit zu einer Zeit gehoben, zu der der Gläubiger die Leistung noch anzunehmen verpflichtet ist, so kommen nicht die Regeln dieser Paragraphen, sondern die Regeln von der verspäteten Erfüllung (also namentlich die Regeln vom Verzuge) zur Anwendung. Wird dagegen die Unmöglichkeit der Leistung erst zu einer Zeit gehoben, da der Gläubiger die Leistung nicht mehr anzunehmen braucht und auch thatsächlich nicht mehr annimmt, so hat es bei den bisher dargestellten Regeln dieses Paragraphen sein Bewenden.

b) Hat der Schuldner durch den Umstand, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, einen Ersatz empfangen oder einen Ersatzanspruch erworben, so muß er dem Gläubiger den Ersatz herausgeben oder ihm den Ersatzanspruch abtreten. [16])

4. Die Beweislast für die Behauptung, daß die Leistung unmöglich sei und ebenso für die andere Behauptung, daß der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu verantworten habe, trifft den Schuldner. [17])

Forts. Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen.

§ 99.

Wenn bei einem gegenseitigen Vertrage die der einen Partei obliegende Leistung von Anfang an objektiv unmöglich ist, so ist der ganze Vertrag nichtig. Damit entfällt also auch für die Gegenpartei die Verpflichtung zur Gegenleistung. Nur muß die Gegenpartei der anderen Partei das negative Vertragsinteresse erstatten, falls ihr beim Abschluß des Vertrages die Unmöglichkeit jener Leistung bekannt war oder bekannt sein mußte, vorausgesetzt, daß nicht auch die andere Partei die gleiche Kenntnis besaß oder hätte besitzen müssen. [1]) Sieht man von diesem Falle ab, so ist folgende Unterscheidung zu machen.

1. Erster Fall: die Unmöglichkeit der der einen Partei obliegenden Leistung braucht weder von dieser Partei noch von der Gegenpartei verantwortet zu werden. [2])

a) Dann ist regelmäßig der Vertrag beiderseits glatt aufgehoben: die Partei, deren Leistung unmöglich, ist von ihrer Leistungspflicht befreit; aber auch die Gegenpartei braucht die von ihr versprochene Gegenleistung nicht zu machen und kann sie sogar, falls sie sie bereits vollzogen hat, zurückfordern.

b) Im Einzelfall kann aber die Gegenpartei von der anderen Partei eine „Ersatzleistung" beanspruchen [3]); dann muß sie aber auch ihrerseits die von ihr versprochene Gegenleistung bewirken; soweit jedoch die Ersatzleistung hinter dem Werte der ursprünglich geschuldeten Leistung zurückbleibt, darf die Gegenpartei ihre Gegenleistung vermindern.

---

16) RGB. 281. 17) RGB. 282.

1) RGB. 306, 307. 2) RGB. 323.

3) Siehe oben S. 332, 2c; 335, 3b.

2. Zweiter Fall: die Unmöglichkeit der der einen Partei obliegenden Leistung ist von dieser Partei zu verantworten.[4])

a) Dann kann die Gegenpartei Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Dabei braucht sie die ihr obliegende Gegenleistung nicht als Gegengabe zu bieten, muß aber natürlich das, was sie durch Unterlassung der Gegenleistung erspart, von ihrer Ersatzforderung abrechnen. Hat sie aber ihre Gegenleistung bereits vollzogen, so kann sie deren Rückgewähr neben dem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nicht fordern[5]); wohl aber ist der Wert der Gegenleistung bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs voll zu berücksichtigen.

b) Die Gegenpartei kann auch hier gegebenen Falles von der anderen Partei statt des Schadenersatzes[6]) eine „Ersatzleistung" fordern; dann muß sie aber, genau wie in dem Falle 1 b, auch ihre Gegenleistung bewirken.

c) Die Gegenpartei kann endlich auf jede Leistung der anderen Partei verzichten und von dem Vertrage einfach zurücktreten; dann ist sie, wie in dem Falle 5 a, von aller Gegenleistung frei und kann sogar, falls sie die Gegenleistung schon bewirkt hat, die Rückgabe fordern. — Dies gesetzliche Rücktrittsrecht wird ebenso behandelt, wie ein vertragsmäßig bedungenes[7]); hervorzuheben ist, daß die Gegenpartei zunächst zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz oder auf Ersatzleistung und dem Rücktritt frei wählen kann; die andere Partei kann ihr aber eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts setzen; läßt die Gegenpartei diese Frist verstreichen, ohne den Rücktritt zu erklären, so ist ihr Rücktrittsrecht erloschen, und nur der Anspruch auf Schadensersatz oder Ersatzleistung bleibt übrig.

3. Dritter Fall: die Unmöglichkeit der der einen Partei obliegenden Leistung ist von der Gegenpartei zu verantworten[8]). Dann wird nur die andere Partei von der Leistungspflicht frei. Die Gegenpartei aber muß ihre Gegenleistung unverändert entrichten und darf nur das, was die andere Partei infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweite Verwendung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt, von der Gegenleistung abziehen.

Fortsetzung. Teilweise Unmöglichkeit der Leistung.

§ 100.

1. a) Ist eine rechtsgeschäftlich bedungene Leistung von Anfang an zum Teil objektiv unmöglich, so ist grundsätzlich der *ganze* Vertrag ungültig. Weder kann der Gläubiger den möglich gebliebenen Teil fordern, noch darf der Schuldner ihn dem Gläubiger aufdrängen. Demgemäß erstreckt sich, wenn eine Partei von der anderen Schadensersatz verlangen kann, auch dieser Schadens-

---

4) RGB. 325.

5) RGB. 249 Satz 1 steht nicht entgegen.

6) Siehe RGb. 281 Abs. 2.

7) RGB. 327 Satz 1. Siehe unten § 112.

8) RGB. 324.

ersatz auf das Interesse der Partei an dem ganzen Vertrage. Demgemäß kommt auch die ganze Gegenleistung der Gegenpartei in Fortfall [1]).

b) Dieser Grundsatz erleidet aber eine Ausnahme, wenn anzunehmen ist, das Geschäft wäre auch bezüglich des möglichen Teils der Leistung für sich allein vorgenommen worden. Alsdann ist das Geschäft in Ansehung dieses Teils gültig; Schadensersatz ist nur wegen des unmöglichen Teils zu fordern; auch die Gegenleistung fällt nicht ganz fort, sondern wird nur entsprechend herabgesetzt.

2. Ist dagegen die teilweise Unmöglichkeit subjektiver Art oder ist sie zwar objektiv, aber erst nachträglich entstanden, so gelten gerade umgekehrte Regeln. [2])

a) Grundsätzlich wirkt nämlich die Unmöglichkeit auf den möglich gebliebenen Teil der Leistung nicht ein. Der Gläubiger kann also diesen Teil einfordern, und der Schuldner kann ihn dem Gläubiger aufdrängen. Hat der Gläubiger einen Schadensersatzanspruch, so kann er nur wegen des unmöglichen Teils Schadensersatz fordern. Darf der Gläubiger seine Gegenleistung verweigern, so darf er dies nur nach Verhältnis des unmöglichen Teiles thun.

b) Aber auch dieser Grundsatz erleidet eine Ausnahme, nämlich für den Fall, daß der Gläubiger an dem möglichen Teile der Leistung erweislich kein Interesse hat. Dann ist nämlich der Gläubiger befugt, die Teilleistung zurückzuweisen, und darf gegebenen Falles wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages Schadensersatz fordern oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten, auch die Gegenleistung voll verweigern. Auf diese Befugnis des Gläubigers finden die Regeln vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht Anwendung, insbesondere die Regel, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Frist setzen kann, binnen deren dieser sich über die Ausübung seiner Befugnis entscheiden muß. [3])

c) Umgekehrt darf auch der Schuldner die Leistung des möglichen Teils verweigern, wenn sie für ihn unverhältnismäßig schwierig oder kostspielig ist. [4])

n) Unzulässige Leistungen.

§ 101.

1. Unzulässig in dem hier gemeinten Sinne sind nicht bloß solche Leistungen, welche thatsächlich nicht vollzogen werden sollen, sondern auch solche, welche zwar freiwillig vollzogen, aber nicht zum Gegenstande eines obligatorischen Forderungsrechts gemacht werden dürfen. Zu letzterer Kategorie gehört namentlich:

a) die Veräußerung des ganzen künftigen Vermögens des Schuldners

---

1) RGB. 139, 307 Abs. 2. Siehe oben S. 154 Nr. 3.
2) Siehe RGB. 280 Abs. 2, 323 Abs. 1, 325 Abs. 1.
3) RGB. 280 Abs. 2.
4) Siehe RGB. 242 und die Analogie von RGB. 251 Abs. 2.

oder eines Bruchteils davon; der Veräußerung steht die Bestellung eines Nießbrauchs gleich [1]);

b) jede Leistung, die sich auf den Nachlaß oder den Pflichtteil oder ein Vermächtnis eines lebenden Dritten bezieht; doch sollen Verträge, welche künftige gesetzliche Erben über ihren gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil abschließen, gültig sein. [2])

2. Unzulässige Leistungen werden im allgemeinen wie unmögliche behandelt. Insbesondere ist ein Vertrag, der schon zur Zeit des Abschlusses gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, es sei denn, daß er für den Fall der Aufhebung des betreffenden Verbots geschlossen wäre. [3]) Wird dagegen das Verbot erst nach Abschluß des Vertrages erlassen, so ist der Vertrag gültig, aber die Partei, auf deren Leistung sich das Verbot bezieht, ist frei, und auch die Verpflichtung der Gegenpartei zur Gegenleistung ist (regelmäßig) erloschen. Eine Schadensersatzpflicht greift Platz, wenn eine der Parteien schon beim Vertragsschluß das Verbot hätte kennen müssen, die andere nicht, oder wenn eine Partei das Verbot schuldhaft veranlaßt hat.

3. Erfüllungsort. [1])

§ 103.

Das bisherige Recht bestimmt den Erfüllungsort sehr verschieden. So muß nach gemeinem Recht der Schuldner da leisten, wo er rechtmäßig verklagt wird. [2]) Nach preußischem Recht muß der Schuldner Sachen, deren Lieferung ihm obliegt, an den Wohnsitz des Gläubigers liefern; Handlungen, die er zu leisten hat, muß er dagegen an seinem eignen Wohnsitz bewirken. [3]) Im wesentlichen Anschluß an das Handelsgesetzbuch stellt nun das Reichsgesetzbuch folgende Regeln auf.

1. Im allgemeinen muß der Schuldner an dem Orte erfüllen, an welchem er zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit seinen Wohnsitz hatte; ist die Verbindlichkeit in seinem Gewerbebetriebe entstanden, so muß er an dem Orte erfüllen, an welchem er zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit seine gewerbliche Niederlassung hatte. [4]) Der Gläubiger muß also die Leistung beim Schuldner holen; der Schuldner braucht die Leistung dem Gläubiger nicht zu bringen. Man drückt diese Regel auch dahin aus, daß die Verpflichtungen im allgemeinen Hol-, nicht Bringschulden sind.

---

1) RGB. 310. 2) RGB. 312. Siehe aber oben S. 289 d.

3) RGB. 134, 309.

1) Reatz, Lehre v. Erfüllungsort (62); Schulin, z. Lehre v. Erfüllungsort (79); J. Burchard, z. Lehre v. Erfüllungsort (80).

2) L. 2 § 3 D. 13, 4.

3) Pr. LR. I, 5 § 248, 250.

4) RGB. 269. Siehe HGB. 324.

2. a) Doch bilden die Geldschulden eine Ausnahme: sie sind Bring-, nicht Holschulden.[5]) Der Schuldner muß nämlich das Geld auf seine Kosten und auf seine Gefahr an den Wohnort des Gläubigers übersenden. Gemeint ist dabei nicht, wie im Handelsgesetzbuch, der Ort, an dem der Gläubiger zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit gewohnt hat, sondern sein jeweiliger Wohnort; wenn also der Gläubiger nach Begründung seines Forderungsrechts verzieht, so kann er die Übersendung des Geldes an den neuen Wohnsitz verlangen; indeß geht, wenn hierdurch die Übersendungsgefahr vergrößert wird, diese Gefahr vom Schuldner auf ihn über, und sind auch die Kosten der Übersendung vergrößert, so muß der Gläubiger wenigstens die Mehrkosten tragen. — Wenn die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden ist, so tritt an die Stelle seines Wohnsitzes der Ort seiner gewerblichen Niederlassung.

b) Ungeachtet dieser Regel bleibt aber auch bei Geldschulden der eigentliche Erfüllungsort da, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Verpflichtung seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte.[6]) Die dem Schuldner obliegende Pflicht der Übersendung des Geldes wird also vom Gesetz als eine bloße Nebenpflicht aufgefaßt. Die Hauptverpflichtung des Schuldners ist dagegen, daß er das Geld zur Absendung bereitstellt, und diese Pflicht muß er eben da erfüllen, wo er zur maßgebenden Zeit wohnte oder seine Niederlassung hatte. Dieser letztere Erfüllungsort und nicht der Ort, wohin der Schuldner das Geld zu senden hat, ist bestimmend für die Auslegung des Rechtsgeschäfts, auf welchem die Verpflichtung des Schuldners beruht, für den Gerichtsstand bei einer Klage, welche der Gläubiger wider den Schuldner auf Erfüllung der Verpflichtung erhebt, für das örtliche Recht, welchem die Verpflichtung des Schuldners unterliegt u. s. w.

c) Eine ähnliche Verschiedenheit von Zusendungsort und Erfüllungsort kann auch bei andern Verpflichtungen als Geldschulden vorkommen. Darüber soll unten beim Kauf gesprochen werden.

3. Das Handelsgesetzbuch hatte noch bestimmt, daß, wenn die Verpflichtung auf Lieferung einer bestimmten Sache ging und beide Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses wußten, an welchem Orte die Sache sich befand, dieser Ort der Erfüllungsort sei. Das Reichsgesetzbuch hat diese Regel nicht übernommen.

4. Die vorstehenden Regeln gelten nur ergänzend, nämlich nur dann, wenn nicht aus der besonderen Natur einer Forderung, aus der Verkehrssitte oder aus den rechtsgeschäftlichen Bestimmungen der Parteien etwas Abweichendes folgt.

Beispiele. 1. Der in Rixdorf wohnende Schuhmachergeselle A. muß seine Arbeit in der Werkstatt seines in Berlin wohnenden Meisters B. verrichten, nicht nach der Regel zu 1. in

5) RGB. 270. Siehe HGB. 325.

6) RGB. 270 Abs. 4. Ebenso HGB. 325 Abs. 2.

seiner eignen Wohnung. 2. Der Auftragnehmer M. muß das für seinen Auftragnehmer N. eingenommene Geld zwar dem N. zusenden, aber abweichend von der Regel 2. auf N.'s Gefahr und Kosten. 3. Öffentliche Kassen, namentlich die des Fiskus, brauchen Gelder, die sie schuldig sind, dem Gläubiger nicht zuzusenden; vielmehr muß der Gläubiger die Gelder abholen.[7])

4. Erfüllungszeit.

§ 104.

Eine Forderung und ebenso die der Forderung gegenüberstehende Verbindlichkeit heißt „fällig", wenn ihre Erfüllungszeit, d. h. die Zeit, zu welcher der Gläubiger die geschuldete Leistung fordern darf, herangekommen ist.

1. Die allgemeine Regel, über welche die bisherigen Gesetze[1]) und das Reichsgesetzbuch einig sind, lautet: eine Forderung ist sofort fällig, nachdem sie begründet ist; der Gläubiger kann die geschuldete Leistung sofort einfordern.[2])

2. Doch gilt diese Regel selbstverständlich nur ergänzend, nämlich nur dann, wenn nicht aus der besonderen Natur der Forderung, aus der Verkehrssitte oder den rechtsgeschäftlichen Bestimmungen der Parteien etwas Abweichendes folgt. Und thatsächlich finden sich derartige Abweichungen überaus häufig. Namentlich bei rechtsgeschäftlichen Forderungen wird in unzähligen Fällen eine mehr oder minder geräumige Erfüllungsfrist oder ein mehr oder minder hinausgeschobener Erfüllungstermin festgesetzt.

a) Im Zweifel gilt eine Erfüllungsfrist oder ein Erfüllungstermin nur zu Gunsten des Schuldners. Das will besagen: der Gläubiger darf die Leistung nicht vor Ablauf der Erfüllungsfrist oder vor dem Erfüllungstermin fordern; der Schuldner kann aber, wenn er will, die Leistung schon früher bewirken.[3])

b) Doch kann Frist und Termin auch zu Gunsten beider Parteien bestimmt sein, sodaß der Gläubiger, sowenig er eine vorzeitige Leistung fordern darf, sowenig sie anzunehmen braucht. Namentlich bei hochverzinslichen Forderungen wird diese Behandlung von Frist und Termin sehr häufig Platz greifen.

c) Endlich kann ausnahmsweise Frist und Termin auch bloß zu Gunsten des Gläubigers bestimmt sein: dieser kann die vorzeitige Leistung fordern, braucht sie aber nicht anzunehmen. Diesen Sinn hat z. B. die „dreitägige Gültigkeit" einer Rückfahrtskarte im Eisenbahnverkehr.

Hiernach wird in den beiden zuerst genannten Fällen (a, b) die Forderung erst fällig, nachdem die Erfüllungsfrist abgelaufen oder der Erfüllungstermin

---

7) Pr. LR. I, 16 § 53 EG. 92.

1) L. 213 D. de V. S. 50, 16, HGB. 326, sächs. Gb. 711. Über preuß. Recht Dernburg, preuß. Privatr. 2 § 59, 2. 2) RGB. 271.

3) RGB. 271 Abs. 2. Ebenso L. 70 D. 46, 3. Abw. Pr. LR. I, 5 § 241.

herangekommen ist; in dem dritten Falle (c) tritt die Fälligkeit der Forderung dagegen schon früher ein.

3. a) Wenn der Schuldner von seinem Recht Gebrauch macht, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, noch ehe sie fällig geworden ist, so hört, wenn die Verbindlichkeit verzinslich ist, der Zinsenlauf mit dem Tage der thatsächlichen Erfüllung auf. Das Gleiche gilt sogar dann, wenn der Schuldner vorzeitig erfüllt, obschon er dazu garnicht befugt ist; freilich braucht der Gläubiger die vorzeitige Erfüllung in diesem Fall nicht anzunehmen; nimmt er sie aber an, so hat er damit auf fernere Zinsen verzichtet.

b) Hieraus folgt aber nicht, daß nun auch der Schuldner, der eine unverzinsliche Schuld erfüllt, bevor sie fällig geworden ist, von seiner Schuldsumme Zwischenzinsen (Diskont, Skonto) abziehen dürfte.[4]) Vielmehr muß er, wenn er nach eigner Wahl seine Leistung verfrüht bewirkt, dem Gläubiger den verfrühten Genuß der Leistung unentgeltlich gönnen.

c) Auch die beiden Regeln zu a) und b) lassen Ausnahmen zu. Beispiele. 1. Hypothekenbanken gestatten ihren Schuldnern die Heimzahlung der Hypothekenkapitalien zu jeder Jahreszeit, behalten sich aber die Verzinsung bis zum Ende des Jahres vor, in welchem die Zahlung erfolgt. 2. Ein Verkäufer stundet dem Käufer den Kaufpreis unverzinslich auf 3 Monat, verspricht ihm aber bei sofortiger Zahlung ein Skonto von 2 %.

4. a) Die Erfüllungszeit einer Forderung kann nachträglich hinausgeschoben werden. Dazu ist regelmäßig ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner (Stundungsvertrag) erforderlich; eine Stundung von Forderungen gegen den Willen des Gläubigers durch den Landesherrn oder die Gerichte („Moratorium"), wie sie dem früheren Recht bekannt war, findet nicht mehr statt.

b) Ebenso kann umgekehrt die Erfüllungszeit nachträglich näher herangerückt werden. Dies geschieht namentlich durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners; denn diese macht alle Konkursforderungen sofort fällig, und zwar so, daß bei verzinslichen Forderungen der Forderungsbetrag unverändert bleibt, während bei unverzinslichen Forderungen ein Zwischenzins abgezogen wird.[5])

5. Bei vertragsmäßigen Verpflichtungen wird mitunter bestimmt, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung „genau" oder „fix" zu einer bestimmten Zeit oder innerhalb einer bestimmten Frist zu bewirken habe. Das will besagen, daß der Gläubiger auf die pünktliche Erfüllung der Verpflichtung mit größter Strenge halten dürfe und eine auch nur um wenige Minuten verspätete Erfüllung nicht gelten zu lassen brauche. Ein Vertrag, welcher eine derartige Klausel enthält, heißt „Fixgeschäft" und ist namentlich im Börsenhandel gebräuchlich.

6. Am Erfüllungstage darf die Leistung nur zu der Zeit gefordert und angeboten werden, welche der Verkehrssitte entspricht. Bei den verschiedenen

4) RGB. 272. Ebenso HGB. 334 Abs. 2.
5) Konk.Ordn. 58.

Forderungen ist diese Zeit freilich sehr verschieden. Giebt es doch Schuldner, die zu jeder Tages- und Nachtzeit zur Erfüllung bereit sein müssen, z. B. die Amme, sobald ihr Säugling Hunger hat.

5. Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit.

a) Verzug des Schuldners (Erfüllungsverzug)[1].

§ 105.

I. Voraussetzungen des Verzuges.

Ein Schuldner, welcher die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt, kommt in Verzug, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Die Verpflichtung des Schuldners muß fällig, d. h. also: der Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger die Erfüllung fordern kann, muß herangekommen sein.

2. a) Regelmäßig gerät aber der Schuldner mit der Fälligkeit seiner Verpflichtung nicht sofort in Verzug. Vielmehr muß der Gläubiger den Schuldner um die Erfüllung noch besonders mahnen.[2]) — Die Mahnung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Einer Form bedarf sie nicht; die französische Regel, daß die Mahnung um rechtswirksam zu sein, durch einen Notar oder Gerichtsvollzieher erfolgen muß, ist vom Reichsgesetzbuch nicht übernommen. Doch muß die Mahnung deutlich bekunden, daß der Gläubiger die sofortige Erfüllung verlangt. Deshalb gilt die bloße Zusendung einer Rechnung noch nicht als Mahnung, da sie zunächst nur den Zweck verfolgt, dem Schuldner die Höhe seiner Verpflichtung bekannt zu machen oder ihn an seine Verpflichtung zu erinnern; dagegen gilt es selbstverständlich als Mahnung schärfster Art, wenn der Gläubiger den Schuldner auf Erfüllung seiner Verpflichtung verklagt. Außerdem ist es erforderlich, daß die Mahnung erst nach Eintritt der Fälligkeit der Forderung erfolgt; eine vorzeitige Mahnung ist ungültig.

b) Das Erfordernis der Mahnung ist römischen Ursprungs, während das deutsche Recht dazu neigte, den Verzug des Schuldners ohne besondere Mahnung sofort mit der Fälligkeit der Verbindlichkeit beginnen zu lassen.[3]) Dieser deutschen Auffassung folgend durchbrechen die meisten deutschen Rechte[4]) und nun auch das Reichsgesetzbuch[5]) das römische Erfordernis durch eine wichtige Ausnahme: eine Mahnung soll nämlich nicht erforderlich sein, wenn die Zeit,

---

1) Fr. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht Heft 3 (55); Kniep, Lehre v. d. Mora (71).

2) RGB. 284 Abs. 1.

3) Löning, Vertragsbruch (76) S. 165.

4) Gemeines Gewohnheitsrecht (Windscheid 2 § 278[5]); pr. LR. I, 16 § 67; sächs. Gb. 736 (nur für Vertragsschulden); anders c. c. 1139.

5) RGB. 284 Abs. 2.

zu welcher der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllen muß, kalendermäßig fest bestimmt ist oder zwar von einer Kündigung abhängt, aber, sobald die Kündigung geschehen, aus dem Kalender berechnet werden kann.

Beispiele. 1. Keine Mahnung ist nötig, wenn ein rückständiger Kaufpreis zahlbar ist „am 5. Mai 1899“, „Weihnacht 1902“, „im November d. J.“, „am nächsten Donnerstag“, „14 Tage nach Kündigung“. 2. Mahnung ist dagegen nötig, wenn der Kaufpreis zahlbar ist „Zug um Zug gegen Lieferung der Ware“, „nachdem die Ware empfangen und gut befunden“, „14 Tage nach Lieferung der Ware“, „zu Anfang des Winters“.

3. Trotz der Mahnung oder des Eintritts der kalendermäßig bestimmten Erfüllungszeit kommt der Schuldner dann nicht in Verzug, wenn die ihm obliegende Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.[6]) Hiernach läßt sich, da der Schuldner grundsätzlich nur zu vertreten hat, was er verschuldet, der Verzug kurz als schuldhafte Verzögerung der Leistung bezeichnen. Doch ist dabei folgendes zu beachten.

a) Gemäß deutscher Auffassung wird vom Reichsgesetzbuch dem eignen Verschulden des Schuldners jedes Verschulden seiner Gehülfen und Stellvertreter gleichgestellt.[7])

b) In gewissem Umfang muß der Schuldner auch solche Umstände vertreten, welche rein zufälliger Art sind. Es kommen hier die Grundsätze analog zur Anwendung, welche für den Fall gelten, daß die dem Schuldner obliegende Leistung dauernd unmöglich ist oder dauernd unmöglich wird; insbesondere muß bei Verpflichtungen, deren Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, der Schuldner sein Unvermögen zur rechtzeitigen Leistung auch dann vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, es sei denn, daß die rechtzeitige Leistung der betreffenden Gattung objektiv unmöglich ist.[8])

Beispiel. A. muß dem B. ein Pferd, das er ihm verkauft, und 100 Mk., die er von ihm geborgt hat, am gleichen Tage bringen; er macht sich mit dem Pferde und dem Gelde auf den Weg zum Gläubiger, wird aber unterwegs von Strolchen angefallen, schwer verwundet und so an der rechtzeitigen Erfüllung seiner Pflicht verhindert; bezüglich des Pferdes kommt er nicht in Verzug, wohl aber bezüglich des Geldes. Auch hier ist, ebenso wie in den oben S. 334 genannten Fällen, die Entscheidung äußerst unbillig, aber gemäß RGB. 279 unabweisbar.

c) Der Schuldner muß die Umstände nachweisen, aus denen folgt, daß er die Verspätung seiner Leistung nicht zu vertreten braucht.[9])

Die wichtigsten Fälle, in welchen ein Verzug des Schuldners ausgeschlossen ist, sind folgende. 1) Der Schuldner befindet sich ohne Fahrlässigkeit in einem Irrtum über das Vorhandensein oder die Fälligkeit seiner Verpflichtung. 2) Die rechtzeitige Erfüllung der auf einen individuell bestimmten Gegenstand gerichteten Verpflichtung ist ihm ohne seine Schuld unmöglich. 3) Er bietet dem Gläubiger die Erfüllung an, der Gläubiger verweigert aber die Annahme.

---

6) RGB. 285. 7) RGB. 278, s. oben S. 245, 5.
8) Siehe oben S. 333 b. 9) Siehe RGB. 282.

4. Daraus, daß nur eine vom Schuldner zu vertretende Verzögerung der Leistung als Verzug gilt, folgt, daß ein Verzug des Schuldners auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger eine ihm Zug um Zug obliegende Gegenleistung zu bewirken unterläßt. Denn solange ist ja der Schuldner seine eigne Leistung zu verweigern geradezu berechtigt. Und zwar braucht die Unterlassung auf Seiten des Gläubigers nicht etwa gleichfalls ein eigentlicher Verzug zu sein; sondern auch eine unverschuldete Unterlassung des Gläubigers befreit den Schuldner vom Vorwurfe des Verzuges.

Muß der Gläubiger, um den Schuldner in Verzug zu setzen, ihm die Gegenleistung anbieten? Die Frage ist zu bejahen, wenn der Gläubiger die Gegenleistung bringen muß, zu verneinen, wenn der Schuldner die Gegenleistung holen muß.

II. Wirkungen des Verzugs.

1. Die allgemeinste und wichtigste Wirkung des Verzuges ist, daß die Verpflichtung des säumigen Schuldners verschärft und erweitert wird.

a) Der Schuldner steht fortab für jedes auch nur geringe Verschulden ein, mag er auch vorher nur für grobes Verschulden oder gar nur für Vorsatz gehaftet haben. Ja, wenn die Leistung während des Verzuges dauernd unmöglich wird, haftet er sogar für Zufall und wird nur dann frei, wenn er nachweist, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde. [10])

b) Er muß ferner zusätzlich zu der ursprünglich geschuldeten Leistung Ersatz für allen Schaden gewähren, welchen der Gläubiger durch seine Säumnis erleidet: Schadensersatz wegen Verspätung. [11]) Das deutsche Recht hat freilich diese Haftung anfangs nur für den Fall anerkannt, daß der Schuldner sie besonders zugesagt hatte. Doch ist in jüngerer Zeit namentlich das lübische Recht dazu übergegangen, dem säumigen Schuldner eine Schadensersatzpflicht auch ohne derartige besondere Zusage von Gesetzeswegen aufzuerlegen. [12]) Diese Rechtsentwicklung ist dann durch die Rezeption des römischen Rechts verallgemeinert und befestigt. — Auf die Ersatzpflicht des säumigen Schuldners kommen die allgemeinen Regeln vom Schadensersatz mit folgenden Besonderheiten zur Anwendung.

α) Bei Geldschulden besteht der Schadensersatz mindestens in den sogenannten Verzugszinsen, deren Höhe durch ältere Reichs- und Landesgesetze auf 5 [13]), jetzt aber auf 4 % jährlich festgestellt ist. Hatte der Gläubiger vor dem Verzuge höhere Zinsen zu fordern, so läuft diese höhere Verzinsung natürlich auch jetzt fort. Ebenso kann der Gläubiger, wenn er durch die Säumnis des Schuldners erweislich einen größeren Schaden erlitten hat als die Verzugszinsen, auch die Vergütung des Mehrbetrages fordern. [14]) — War die Geldschuld, mit der der Schuldner in Verzug war, eine Zinsschuld, so sind hiervon

10) RGB. 287. 11) RGB. 286; siehe oben S. 321, 3.
12) Löning, Vertragsbruch S. 305ff., 315; Stobbe 3 § 182 Nr. 1.
13) Reichsdeputationsabschied v. 1600 § 139; preuß. LR. I, 11 § 830.
14) RGB. 288. Siehe oben S. 321, 4.

Verzugszinsen (also Zinseszinsen) nicht zu entrichten; wohl aber muß der Schuldner auch ihretwegen dem Gläubiger den ihm nachweislich durch die verspätete Zahlung entstandenen Schaden vergüten.[15])

β) Muß der Schuldner dafür, daß ein Gegenstand während der Dauer seines Verzuges verloren geht oder zerstört oder verschlechtert wird, Ersatz leisten, so wird die Ersatzsumme nach dem Werte bestimmt, welchen der Gegenstand in einem bestimmten Zeitpunkte[16]) hatte; der Schuldner muß aber nicht bloß die Ersatzsumme, sondern außerdem noch 4 % Zinsen von dieser Summe seit dem für die Wertbestimmung maßgebenden Zeitpunkte entrichten.[17])

2. Eine zweite Wirkung des Verzuges ist, daß der Gläubiger in gewissen Fällen die geschuldete Leistung, wenn der Schuldner sie nachträglich anbietet, als verspätet zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern darf. Das römisch-gemeine und im wesentlichen auch das preußische Recht gab dem Gläubiger diese Befugnis allerdings nur, wenn die Leistung wegen ihrer Verspätung jedes Interesses für ihn entbehrte[18]). Dagegen hat in Anknüpfung an die Regeln des älteren deutschen[19]) und des neueren französischen Rechts sowie des Handelsgesetzbuchs[20]) das Reichsgesetzbuch die Zurückweisungsbefugnis des Gläubigers außerordentlich erweitert und ihn dadurch aus der peinlichen Lage befreit, auf die Leistung des säumigen Schuldners durch unbestimmte Zeit warten zu müssen.

a) Dies gilt vor allem bei gegenseitigen Verträgen.[21]) Doch muß der Gläubiger dem säumigen Schuldner zunächst eine angemessene Nachfrist zur Nachholung der Leistung bestimmen und dabei ausdrücklich erklären, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Annahme der Leistung ablehne. Ist die Nachfrist fruchtlos verstrichen, so ist der Gläubiger an diese Erklärung gebunden kann also die nachträgliche Leistung nicht mehr fordern. Dagegen kann er nunmehr vom Vertrage einfach zurücktreten oder aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. — Hat die ursprüngliche Leistung infolge der Säumnis für den Gläubiger kein Interesse, so braucht er dem Schuldner eine Nachfrist natürlich nicht zu stellen, kann vielmehr sofort den Rücktritt vom Vertrage erklären oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern; das Gleiche gilt bei Fixgeschäften.[22]) — Auf das Rücktrittsrecht des Gläubigers kommen die Regeln zur Anwendung, welche für ein vertragsmäßig bedungenes Rücktrittsrecht gelten, insbesondere die Regel, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung des Rücktritts stellen darf[23]); läßt der Gläubiger die Frist verstreichen,

---

15) RGB. 289. 16) Siehe unten in der Lehre vom Kauf.

17) RGB. 290 (eine Neuerung der Reichstagskommission).

18) Mommsen a. a. O. S. 258, Dernburg, preuß. Privatr. 2 § 72[16]. Siehe übrigens pr. LR. I, 11 § 230.

19) v. Meibom, Jahrb. f. gem. Recht 4 S. 485 (60); Stobbe 3 § 184[12], [13].

20) c. c. 1184, HGB. 354, 355.

21) RGB. 326. 22) Siehe RGB. 361 u. oben S. 341, 5, unten S. 352, 2.

23) RGB. 327 Satz 1.

ohne den Rücktritt zu erklären, so hat er das Rücktrittsrecht verloren und behält nur den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und, falls er, wie z. B. bei Fixgeschäften, dem Schuldner keine Nachfrist gestellt hat, daneben auch den Anspruch auf nachträgliche Erfüllung.

Wenn der Schuldner die ihm obliegende Leistung schon teilweise bewirkt hat, kann der Gläubiger regelmäßig nur den noch ausstehenden Teil der Leistung zurückweisen und auch nur wegen dieses Teils Schadensersatz fordern. Hat jedoch der bereits bewirkte Teil der Leistung ohne den noch ausstehenden Rest für den Gläubiger kein Interesse, so kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten.[24])

Oft wird es vorkommen, daß der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine zu kurze Nachfrist setzt oder in der irrtümlichen Annahme, die verspätete Leistung habe kein Interesse für ihn, ohne jede Nachfrist den Rücktritt vom Vertrage erklärt bezw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert. Alsdann sind die Erklärungen des Gläubigers nicht völlig ungiltig, sondern sie setzen diejenige Nachfrist in Lauf, welche thatsächlich nach der ganzen Sachlage als angemessen erscheint. Die wichtige Folge dieses Satzes ist, daß, wenn der Schuldner seinen Verzug fortsetzt und auch binnen dieser angemessenen Nachfrist nicht erfüllt, die Erklärungen des Gläubigers nunmehr vollgültig sind. Das Gesetz giebt dieser Regel dadurch Ausdruck, daß es nicht sagt, der Gläubiger könne zurücktreten u. s. w., wenn die Leistung nicht „binnen der Nachfrist“ erfolgt, sondern daß es bestimmt, der Gläubiger könne zurücktreten u. s. w., wenn die Leistung nicht „rechtzeitig“ erfolgt.[25])

b) Bei Forderungen, die nicht aus gegenseitigen Verträgen stammen, beläßt es das Reichsgesetzbuch zunächst bei der römischen Regel, daß der Gläubiger die verspätete Leistung nur zurückweisen darf, wenn sie jedes Interesses für ihn entbehrt. Erst wenn der Schuldner zu seiner Leistung rechtskräftig verurteilt ist, wird dem Gläubiger auch bei diesen Forderungen die gleiche Befugnis zugesprochen wie bei Forderungen aus gegenseitigen Verträgen.[26])

Es gelten alsdann die zu a erwähnten Regeln über die Nachfrist, den Anspruch auf Schadenersatz, den Fall bloß teilweisen Verzuges auch hier. Nur daß, wenn bei einseitigen oder unvollkommen zweiseitigen Verträgen eine Partei trotz rechtskräftiger Verurteilung innerhalb der ihr gesetzten Frist beim Verzuge beharrt, die Gegenpartei zum Rücktritt vom Vertrage befugt sein soll, erwähnt das Gesetz nicht; doch ist das Rücktrittsrecht wohl selbstverständlich.

III. Aufhebung des Verzuges tritt ein, wenn der Schuldner seine Verpflichtungen einschließlich ihres durch den bisherigen Verzug erwachsenen Zuwachses nachträglich erfüllt oder wenn der Gläubiger die nachträgliche Erfüllung grundlos zurückweist oder endlich wenn die Verpflichtung des Schuldners aufgehoben wird. Von nun ab fallen auch die Folgen des Zufalls fort, der Schuldner braucht also keine Verzugszinsen mehr zu zahlen, haftet nicht mehr für Zufall u. s. w.

24) RGB. 326 Satz 3.
25) Ähnlich in den oben S. 293[4]; 319[12]; 336c; 337, 2b besprochenen Fällen.
26) RGB. 283.

b) Verzug des Gläubigers (Annahmeverzug.[1])

§ 106.

I. Voraussetzungen des Verzuges.

Ein Gläubiger, welcher die ihm vom Schuldner gebotene Leistung nicht annimmt oder die ihm selber obliegende Mitwirkung bei der Leistung versäumt, gerät in Verzug, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Es muß der Zeitpunkt da sein, in welchem der Schuldner zu leisten befugt ist; dagegen ist Fälligkeit der Forderung nicht nötig.[2])

2. a) Regelmäßig gerät aber der Gläubiger, wenn dieser Zeitpunkt gekommen, noch nicht sofort in Verzug, sondern, so gut wie der Gläubiger, welcher den Schuldner in Verzug setzen will, ihn erst mahnen muß, so gut muß der Schuldner, welcher den Gläubiger in Verzug setzen will, ihm erst die Leistung anbieten. Und zwar muß das Angebot durch die That geschehen, d. h. der Schuldner muß alles thun, was von seiner Seite zu der geschuldeten Leistung gehört. Nur wenn der Gläubiger dem Schuldner im voraus erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde oder wenn er die Mitwirkung, welche ihm bei der Leistung des Schuldners obliegt, unterläßt, ist ein thatsächliches Angebot nicht erforderlich, sondern es genügt, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung wörtlich anbietet oder ihn zur Mitwirkung bei der Leistung auffordert, es sei denn, daß der Schuldner thatsächlich nicht im stande ist, die Leistung sofort zu bewirken.[3])

b) Diese Regel wird durch eine Ausnahme durchbrochen, ähnlich der, welche für den Verzug des Schuldners gilt: ein Angebot der Leistung von seiten des Schuldners soll nämlich nicht erforderlich sein, wenn der Gläubiger bei der Leistung mitzuwirken hat und die Zeit für seine Mitwirkung kalendermäßig fest bestimmt ist oder zwar von einer Kündigung abhängt, aber, sobald die Kündigung geschehen, aus dem Kalender berechnet werden kann, — es sei denn auch hier, daß der Schuldner außer stande ist, die Leistung sofort zu bewirken.[4])

Beispiel. Der Verleiher gerät in Verzug erst dann, wenn der Entleiher ihm die geborgten Sachen zurückbringt oder zurückschickt. Hat er jedoch versprochen, die Sachen zu holen, so kommt er schon dann in Verzug, wenn der Schuldner ihn um die Abholung bittet, — es sei denn, daß letzterer die Sachen weiterverborgt hat und also zur sofortigen Rückgabe garnicht im stande ist. Hat er endlich versprochen, die Sachen „am 1. April" abzuholen, so kommt er an diesem 1. April in Verzug, ohne daß der Entleiher ihn um Abholung zu bitten braucht.

3. a) Daß dem Gläubiger ein Verschulden zur Last fällt, ist, abweichend von der für den Verzug des Schuldners geltenden Regel, nicht erforderlich. So kommt er auch dann in Verzug, wenn er in gutem Glauben die ihm vom

---

1) Kohler, Jahrb. f. Dogm. 17 S. 261 (79); Schey, Begriff u. Wesen der mora creditoris (84); G. A. Leist, Arch. f. civ. Pr. 83 (94) S. 161.

2) Siehe oben S. 340 1, 2. 3) RGB. 294, 295, 297. 4) RGB. 296, 297.

Schuldner angebotene Leistung für mangelhaft hält oder wenn er von seiner Berechtigung garnichts weiß oder gar wenn er durch höhere Gewalt verhindert war, die Leistung anzunehmen oder pflichtmäßig bei ihr mitzuwirken.

b) Nur dann, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt war oder wenn der Schuldner berechtigt ist, vor der bestimmten Zeit zu leisten, wird dieser strenge Satz etwas abgeschwächt: der Gläubiger kommt nämlich in diesem Falle nicht in Verzug, wenn er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist. Doch kann der Schuldner ihm diesen Vorteil dadurch wieder entziehen, daß er ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher ankündigt.[5])

4. Wenn der Schuldner die ihm obliegende Leistung nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung des Gläubigers zu bewirken braucht, kommt der Gläubiger auch dadurch in Verzug, daß er zwar die Leistung des Schuldners annehmen will, aber seine Gegenleistung versäumt. Für diesen Gegenleistungsverzug gelten zunächst die gleichen Voraussetzungen, wie für den eigentlichen Annahmeverzug: der Schuldner muß also zuvörderst der Regel nach die ihm obliegende Leistung anbieten; außerdem ist erforderlich, daß der Schuldner die Gegenleistung besonders verlangt. Ist dies beides geschehen, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die Gegenleistung nicht anbietet.[6]) Und zwar muß dies Angebot wie das des Schuldners ein thatsächliches sein; ein wörtliches genügt nur, wenn der Schuldner bei der Gegenleistung mitzuwirken hat oder wenn er im voraus erklärt, die Gegenleistung in der von dem Gläubiger beabsichtigten Art nicht anzunehmen.

II. Wirkungen des Verzuges.

1. Eine eigene positive Verpflichtung entsteht für den Gläubiger als Folge seines Verzuges insofern, als er die Mehrkosten ersetzen muß, welche dem Schuldner durch das vergebliche Angebot seiner Leistung, sowie durch die Erhaltung und Verwahrung des Leistungsgegenstandes während des Verzuges erwachsen.[7]) Darüber hinaus ist er zum Schadensersatz nicht verpflichtet.

2. Wichtiger ist, daß die Verpflichtung des Schuldners, wie sie durch seinen eignen Verzug verschärft und erweitert wird, so durch den Verzug des Gläubigers eine Milderung und Beschränkung erfährt.

a) Der Schuldner haftet während des Verzuges nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, mag er auch vorher für jedes Verschulden oder gar für Zufall gehaftet haben.[8]) Demgemäß geht, wenn der Gegenstand der Forderung eine Sachleistung ist und der Schuldner bisher die Gefahr der Sache zu tragen hatte, die Gefahr von nun ab auf den Gläubiger über. Bei Sachen, welche nur der Gattung nach bestimmt sind, ist dazu freilich nötig, daß sie vorher individualisiert werden; hierfür genügt es nicht, daß der Schuldner ein bestimmtes zur Gattung gehöriges Stück zum Zwecke der Lieferung an den

5) RGB. 299. 6) RGB. 298. 7) RGB. 304.
8) RGB. 300 Abs. 1.

Gläubiger auswählt, sondern er muß gerade dies Stück dem Gläubiger auch angeboten haben.[9])

Das Angebot zum Zwecke der Individualisierung unterliegt den oben zu I, 2 festgestellten Sätzen. Regelmäßig muß es also durch die That geschehen; und die Gefahr geht auf den Gläubiger erst über, wenn die That des Schuldners vollständig durchgeführt wird; daraus folgt, daß, wenn der Schuldner die Sache dem Gläubiger zuzusenden hat, die Gefahr erst übergeht, wenn die Sache beim Gläubiger ankommt, sodaß während der Versendung die Gefahr noch dem Schuldner zur Last fällt; über eine wichtige Ausnahme s. unten in der Lehre vom Kauf. Ist ein bloß wörtliches Angebot der Sache ausreichend (oben S. 347, 2 a), so muß aus dem Angebot hervorgehen, daß der Schuldner ein bestimmtes Stück zur Lieferung ausgewählt hat, und die Auswahl muß auch thatsächlich (durch eine einseitige nicht empfangsbedürftige Erklärung des Schuldners) vollzogen sein.

b) Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Gläubigerverzuges keine Zinsen zu zahlen. Dies gilt nicht bloß, wie im gemeinen und preußischen Recht, für Zinsen, die der Schuldner wegen seines eignen Verzuges zu zahlen hat, sondern auch für alle anderen, z. B. für vertragsmäßig bedungene Zinsen.[10])

c) Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so dauert diese Pflicht für die Zeit des Gläubigerverzuges nur bezüglich der Nutzungen fort, die der Schuldner in dieser Zeit thatsächlich zieht; für Nutzungen, welche er ziehen konnte, aber absichtlich oder fahrlässig zu ziehen versäumte, ist er dagegen nicht verantwortlich.[11])

3. Bei Verpflichtungen, die auf Herausgabe von Sachen gehn, kann der Schuldner sich dem säumigen Gläubiger gegenüber sogar von aller Haftung befreien.

a) Nach römisch-gemeinem Recht genügte es zu diesem Zwecke, wenn der Schuldner die Sache einfach wegwarf oder sonst preisgab.[12]) Das preußische Recht hat diese Befugnis des Schuldners ganz beseitigt. Das Reichsgesetzbuch nimmt sie wieder auf, jedoch nur, wenn der Schuldner ein Grundstück herauszugeben hat; und auch in diesem Falle ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die Preisgabe zuvor anzudrohen, es sei denn, daß die Androhung unthunlich ist[13]), z. B. weil der Schuldner nicht weiß, wo der Gläubiger sich aufhält.

b) Sind Gelder, Wertpapiere und sonstige Urkunden, sowie Kostbarkeiten herauszugeben, so kann der Schuldner sich nur dadurch befreien, daß er den Leistungsgegenstand bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle hinterlegt. Landesgesetzlich kann die Hinterlegung auch für andere Sachen zugelassen werden.[14])

c) Alle anderen Sachen kann der Schuldner weder hinterlegen noch preisgeben. Wohl aber kann er sie auf Kosten und für Rechnung des Gläubigers mittels Selbsthülfeverkaufs veräußern, und zwar nicht bloß, wie dies

9) RGB. 300 Abs. 2.
10) L. 28 § 1 D. 26, 7. Dernburg, preuß. Privatr. 2 § 73[12]. — RGB. 301.
11) RGB. 302.
12) L. 1 § 3 D. 18, 6. 13) RGB. 303.
14) RGB. 372. EG. 146; siehe unten § 110.

das preußische Recht vorschrieb, in dem Falle, daß die Sache dem Verderben ausgesetzt ist, [15]) sondern ganz allgemein. Der Selbsthülfeverkauf muß regelmäßig mittels öffentlicher Versteigerung durch einen Gerichtsvollzieher oder einen amtlich bestellten Versteigerer erfolgen; bloß wenn die Sache einen Markt- oder Börsenpreis hat, kann der Verkauf auch freihändig geschehen, jedoch nur zum laufenden Preise und durch Vermittlung eines Handelsmaklers oder eines amtlichen Versteigerers. Der Verkauf muß am Leistungsorte bewirkt werden; ist jedoch an diesem Orte ein angemessener Erfolg des Verkaufes nicht zu erwarten, so muß ein anderer geeigneter Verkaufsort ausgesucht worden. — Der Verkauf ist erst zulässig, nachdem er dem Gläubiger angedroht ist; die Androhung darf aber unterbleiben, wenn sie unthunlich ist oder wenn die Sache dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist. — Außerdem soll der Gläubiger, wenn dies thunlich ist, von der Versteigerung unverzüglich benachrichtigt werden, damit er sich als Bieter bei ihr beteiligen kann; wird dies unterlassen, so ist der Verkauf zwar gültig, der Schuldner aber schadensersatzpflichtig. [16]) — Der Verkaufserlös ist zu hinterlegen. Die Befreiung des Schuldners tritt erst ein, wenn er auch dieser letzteren Verpflichtung genügt hat.

4. Eine letzte Wirkung des Verzuges greift Platz, wenn der Schuldner von dem in Annahmeverzug befindlichen Gläubiger eine Gegenleistung zu fordern hat.

a) Ist die Gegenleistung Zug um Zug mit der dem Schuldner obliegenden Leistung zu vollziehen, so bleibt die beiderseitige Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung zunächst fortbestehen, auch wenn der Gläubiger mit der Annahme der Leistung in Verzug kommt. Demgemäß wird der Gläubiger, wenn der Schuldner ihn auf die Gegenleistung verklagt, nur in gleicher Art verurteilt, wie wenn er nicht in Annahmeverzug wäre, also nur Zug um Zug gegen die schuldnerische Leistung. Verharrt aber der Gläubiger in seinem Annahmeverzuge, auch nachdem er in dieser Art verurteilt ist, so wird seine Verpflichtung zur Gegenleistung von der Vollziehung der schuldnerischen Leistung nunmehr unabhängig; der Schuldner kann also jetzt die Gegenleistung im Wege der Zwangsvollstreckung getrennt beitreiben. [17]) — Eine analoge Regel greift Platz, wenn der Schuldner seine Leistung nicht Zug um Zug gegen die Gegenleistung, sondern vor der Gegenleistung zu machen hat. [18])

b) Wird bei einem gegenseitigen Vertrage während des Annahmeverzuges einer Partei die dieser Partei gebührende Leistung durch einen von der anderen Partei nicht zu vertretenden Umstand unmöglich, so ist die Unmöglichkeit von der ersteren d. h. also von der im Annahmeverzuge befindlichen Partei zu vertreten: die säumige Partei bleibt also für die ihr selber obliegende Leistung verhaftet, während die andere Partei von der Verpflichtung zur Gegenleistung frei wird. [19])

15) Pr. LR. I, 14 § 102; I, 11 § 218.
16) RGB. 383—386. Ähnlich HGB. 343.
17) RGB. 274 Abs. 2. 18) RGB. 322 Abs. 2, 3.
19) RGB. 324 Abs. 2.

III. Der Verzug hört auf, wenn der Gläubiger den Schuldner nachträglich zur Leistung auffordert und, soweit er bei der Leistung mitzuwirken oder eine Gegenleistung zu gewähren hat, auch seine eignen Obliegenheiten erfüllt. Ebenso hört der Verzug auf, wenn die Forderung des Gläubigers erlischt.

IV. Nicht selten kommt eine und dieselbe Person zugleich als Schuldner und als Gläubiger in Verzug, namentlich bei gegenseitigen Verträgen. Dann wird sie auch von den doppelten Verzugsfolgen getroffen.

c) Sonstige Verzögerung der Erfüllung.

§ 107.

1. Wenn ein Schuldner die ihm obliegende Leistung nicht bewirkt, obschon der Gläubiger ihn auf die Leistung verklagt oder gar ein rechtskräftiges Urteil gegen ihn erstritten hat, so ist er in der übergroßen Mehrzahl der Fälle im Verzuge und demgemäß den bereits geschilderten Verzugsnachteilen unterworfen. Allein es sind Fälle denkbar, in denen er thatsächlich trotz Klage und Urteil nicht in Verzug kommt, z. B. wenn ihm die rechtzeitige Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch einen von ihm nicht zu vertretenden Zufall unmöglich gewesen ist. Doch soll alsdann wenigstens ein Teil der Verzugswirkungen gegen den Schuldner eintreten.

a) Erster Fall. Der Gläubiger hat den Schuldner verklagt oder seinen Anspruch wider ihn in anderer Art rechtshängig gemacht. Dann muß der Schuldner, wenn seine Verpflichtung auf eine fällige Geldzahlung geht, Prozeßzinsen in gleicher Art zahlen, wie er, wenn er in Verzug wäre, Verzugszinsen zahlen müßte; zu einem die Zinsen übersteigenden Schadensersatz ist er dagegen nicht verpflichtet.[1]) Ebenso wird, wenn seine Verpflichtung auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache geht, seine Haftung für die Sache und ihre Nutzungen ähnlich gesteigert, als ob er sich im Verzug befände.[2])

b) Zweiter Fall. Der Gläubiger hat ein den Schuldner verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis erstritten. Dann gelten die gleichen Regeln wie in dem oben S. 346 b besprochenen Verzugsfalle, mit folgenden zwei Besonderheiten: 1) macht bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger nach fruchtlosem Ablaufe der Nachfrist von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so haftet der Schuldner, jedoch, weil er nicht in echtem Verzuge ist, nur auf seine Bereicherung;[3]) 2) einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat der Gläubiger bloß bei gegenseitigen Verträgen,[4]) während er sich bei

1) RGB. 291.

2) RGB. 292. Näheres im Sachenrecht.

3) RGB. 327 Satz 2 (wird analog auch auf unvollkommen zweiseitige Verträge auszudehnen sein).

4) RGB. 325 Abs. 2.

Schuldverhältnissen anderer Art damit begnügen muß, die dem Schuldner obliegende Leistung, wenn sie nachträglich angeboten wird, zurückzuweisen.[5])

2. Bei Fixgeschäften tritt eine Verzugsfolge, nämlich das Rücktrittsrecht des Gläubigers, bei jeder Verzögerung der Erfüllung von seiten des Schuldners ein, auch wenn eigentlicher Verzug nicht vorliegt[6]); bezüglich der Schadensersatzpflicht des Schuldners verbleibt es dagegen bei den allgemeinen Regeln.

3. Entsprechend treten einzelne Rechtsnachteile, welche einem im Verzug befindlichen Gläubiger angedroht sind, unter gewissen Voraussetzungen auch gegen einen Gläubiger ein, welcher die geschuldete Leistung, ohne im eigentlichen Annahmeverzuge zu sein, thatsächlich nicht annimmt. Wenn nämlich der Schuldner ohne Fahrlässigkeit sich in Ungewißheit über die Person des Gläubigers befindet, so kann er meistens die ihm obliegende Leistung garnicht oder doch nicht mit Sicherheit erfüllen, und er kann auch den Gläubiger nicht in Annahmeverzug versetzen, da dazu regelmäßig ein Angebot der Leistung gehört und er nicht weiß, an wen er das Angebot richten soll. In ähnlicher Lage befindet er sich, wenn der Gläubiger geschäftsunfähig ist und eines Gewalthabers entbehrt u. s. w. In allen solchen Fällen hat nun der Schuldner das Recht, wie beim eigentlichen Verzuge des Gläubigers[7]), hinterlegungsfähige Sachen zu hinterlegen und nicht hinterlegungsfähige Sachen durch Selbsthülfeverkauf zu veräußern, letzteres jedoch nur, wenn der Verderb der Sachen zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist. Die sonstigen Vorteile des Gläubigerverzuges gewinnt dagegen der Schuldner in diesen Fällen nicht.

4. Bei manchen Verpflichtungen ist die bestimmte Erfüllungszeit so wesentlich, daß, wenn sie schuldhaft oder schuldlos unbenutzt verstreicht, die nachträgliche Erfüllung nicht bloß vom Gläubiger abgelehnt, sondern auch vom Schuldner verweigert werden kann.

Dies gilt z. B. für eine Wohnungsmiete auf das Kalenderjahr 1899; vom 1. Januar 1900 ab kann der Vermieter die Übergabe der Wohnung rechtmäßig ablehnen, auch wenn er selber schuld daran ist, daß die Übergabe nicht früher stattgefunden hat; ebenso kann der Mieter jetzt die Übernahme der Wohnung rechtmäßig verweigern, auch wenn er selber schuld daran ist, daß er die Wohnung nicht früher bezogen.

---

5) RGB. 283.

6) RGB. 361; die Regel RGB. 327 Satz 2 ist nicht anwendbar!

7) RGB. 372, 383.

III. Aufhebung der Forderungsrechte.

1. Erfüllung.[1]

§ 108.

Jede Forderung erlischt, wenn sie erfüllt wird. Die Art, wie dies zu geschehen hat, ist je nach dem Inhalt des Forderungsrechts äußerst verschieden. Von allgemeinerer Bedeutung sind nur folgende Regeln.

1. Als Erfüllung gilt nur eine solche Leistung, welche der Forderung nach Inhalt und Umfang vollständig entspricht. Daß dies der Fall, muß der Schuldner beweisen. Demgemäß genügt es nicht, daß der Schuldner darthut, er habe an den Gläubiger irgend eine Leistung gemacht, sondern er muß weiter darlegen, daß diese Leistung mit der Forderung des Gläubigers übereinstimmt. Auch dadurch, daß der Gläubiger die Leistung angenommen hat, wird an dieser Regel noch nichts geändert. Nur wenn der Gläubiger die Leistung als „Erfüllung" seiner Forderung angenommen, also ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben hat, daß er durch die Leistung seine Forderung als erfüllt erachte, so dreht die Beweislast sich um: es ist jetzt Sache des Gläubigers darzuthun, daß die Leistung unvollständig oder mangelhaft ist oder sonst mit seiner Forderung nicht übereinstimmt.[2]

2. Die Leistung muß an den Gläubiger oder einen mit Vertretungsmacht ausgerüsteten Stellvertreter erfolgen. Geschieht die Leistung an einen Unbefugten, so wird sie je nach Lage des Falles als ein Rechtsgeschäft, das mit einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen ist, oder als die Verfügung einer der Verfügungsmacht entbehrenden Partei behandelt.[3]

3. a) Viele Leistungen sind höchstpersönlich, können also nur durch den Schuldner selber erfolgen, z. B. alle Leistungen künstlerischer Art. Bei anderen Leistungen kann sich dagegen der Schuldner auch eines Gehülfen oder Stellvertreters bedienen.

b) Leistungen der letzteren Art können auch von einem beliebigen Dritten, der keine Vertretungsmacht für den Schuldner und keinen Auftrag von ihm besitzt, vollzogen werden. Der Gläubiger ist sogar verpflichtet, die Leistung des Dritten anzunehmen; nicht in dem Sinne, als ob der Dritte selber ein Recht hätte, dem Gläubiger die Leistung aufzudrängen; wohl aber macht sich der Gläubiger dem Schuldner gegenüber verantwortlich, wenn er die Leistung des Dritten ablehnt. Erhebt der Schuldner Widerspruch gegen des Dritten Ein-

---

1) Gruchot, Lehre v. d. Zahlung der Geldschuld (71); Römer, Beitr. z. Lehre v. d. Erfüllung der Obligationen (77); G. Cohn in Endemanns Handb. d. Handelsrechts 3 S. 998 (85).

2) RGB. 363. Näheres unten beim Kauf. Siehe auch unten zu Nr. 3c.

3) Siehe RGB. 362 Abs. 2 und oben S. 229, 174, 232.

mischung, so kann der Gläubiger dessen Leistung immer noch annehmen, braucht es aber nicht.[4])

c) Anders liegt der Fall, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand betreibt und ein Dritter, welcher Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren — also namentlich ein nachstehender Pfandgläubiger —, die dem Schuldner obliegende Leistung an dessen Stelle zu bewirken sich erbietet. Dieser Dritte hat nämlich ein eignes Recht darauf, daß der Gläubiger die von ihm angebotene Leistung annimmt, und auch der Schuldner kann ihm dies Recht dadurch nicht entziehen, daß er der Einmischung widerspricht. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer fremden Sache zu, welcher Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren.[5])

d) In dem Fall c kann der Dritte den Gläubiger sogar durch Aufrechnung oder Hinterlegung befriedigen; für den Fall b gilt dies nicht.[6])

4. a) Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren Schulden die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen Schulden die ältere und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.[7])

b) Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet.[8])

c) Die Regeln zu a. b. gelten nur, wenn der Schuldner bei der Zahlung nicht etwas Abweichendes bestimmt hat. Doch kann der Gläubiger, wenn die Bestimmung des Schuldners von der Regel zu b. abweicht, die Annahme der Leistung ablehnen.[9])

5. a) Der Gläubiger hat — gemäß einer Regel, die den Römern noch unbekannt war, aber sich deutscher Sitte gemäß in allen deutschen Gesetzen[10]) findet — gegen Empfang der Leistung auf Verlangen eine schriftliche Quittung zu erteilen; lehnt er dies ab, so kann der Schuldner die Leistung zurückhalten.

---

4) RGB. 267. Örtmann, Arch. f. civ. Pr. 82 S. 367 (94).

5) RGB. 268 Abs. 1. Siehe auch unten § 115.

6) RGB. 268 Abs. 2.

7) RGB. 366. Henrici, Jahrb. f. Dogm. 14 S. 428 (76), 32 S. 99 (93); Struckmann, ebenda 15 S. 251 (77).

8) RGB. 367. 9) RGB. 366 Abs. 1, 367 Abs. 2.

10) Pr. LR. I, 16 § 86; sächs. Gb. 983 (hier freilich nur für Geldzahlungen und mit einer Ausnahme für Barzahlungen im Kleinhandel!). Ebenso das gemeine Gewohnheitsrecht, Windscheid 2 § 344[8].

Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse daran, daß die Quittung beglaubigt oder öffentlich beurkundet wird, z. B. im Hypothekenverkehr, so kann er auch dies verlangen, muß dann aber die Kosten vorschießen.[11])

b) Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Scheines oder, wenn der Gläubiger behauptet, hierzu außer Stande zu sein, an Stelle der Quittung ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei, fordern.[12]) Die Kosten des letzteren Anerkenntnisses muß im Zweifel der Gläubiger tragen.

c) Die Quittung beweist die Erfüllung; doch ist Gegenbeweis zulässig; dieser Gegenbeweis braucht nicht dahin zu gehen, daß der Gläubiger sich bei Ausstellung der Quittung geirrt oder sich die spätere Erfüllung vorbehalten habe, sondern ist einfach dahin zu richten, daß die Erfüllung thatsächlich nicht erfolgt ist.[13]) Gegen das Anerkenntnis (zu b), daß die Schuld erloschen sei, ist dagegen der einfache Gegenbeweis, daß eine Erfüllung thatsächlich nicht erfolgt, unzulässig; wohl aber kann das Anerkenntnis wegen Irrtums, Betruges u. dgl. als ungültig angefochten werden.

Beispiel. A. hat seinem Darlehnsschuldner B. die Schuld erlassen und ihm eine Quittung ausgestellt: „Darlehn zurückempfangen. A." Später reut ihn der Erlaß. Er verklagt B. und schiebt ihm darüber, daß das Darlehn trotz der Quittung nicht zurückbezahlt sei, den Eid zu. Das ist zulässig. Will B. sich nunmehr auf den Erlaß berufen, so ist es seine Sache, dafür den Beweis zu führen; die Quittung wird diesen Beweis erleichtern, erbringt ihn aber für sich allein nicht.

2. Leistung an Erfüllungsstatt.[1])

§ 109.

1. Eine Leistung an Erfüllungsstatt liegt vor, wenn der Schuldner mit Zustimmung des Gläubigers statt der geschuldeten eine andere von ihr erheblich verschiedene Leistung bewirkt. Der Gläubiger kann seine Zustimmung nach Willkür verweigern.[2])

Auch unerhebliche Verschiedenheiten zwischen der thatsächlich gebotenen und der geschuldeten Leistung kann der Gläubiger ablehnen. Läßt er sie sich aber gefallen, so liegt nicht Leistung an Erfüllungsstatt, sondern wirkliche Erfüllung vor, wichtig namentlich wegen KonkOrd. § 23 Nr. 2. Ein Beispiel ist, wenn ein Gläubiger, der 300 Mk. zu fordern hat, als Zahlung drei Hundertmarkscheine annimmt, obschon nicht diese, sondern 300 Mk. in Gold oder Silberthalern geschuldet sind.

2. Die Leistung an Erfüllungsstatt hebt die Forderung in gleicher Art auf wie die Erfüllung. Demgemäß lebt die Forderung selbst dann nicht wieder

11) RGB. 368, 369. Siehe auch oben S. 220²⁻⁴; 222 α. 12) RGB. 371.

13) Vgl. Bähr, Anerkennung S. 255.

1) Römer, Leistung an Zahlungsstatt (66); G. Cohn in Endemanns Handb. des Handelsrechts 3 S. 1075 (85).

2) Über die Ersatzleistungen, die der Gläubiger nicht ablehnen darf, siehe oben S. 293 g.

auf, wenn der Gläubiger die an Erfüllungsstatt gegebene Sache wieder zurückgeben muß, etwa, weil sich herausstellt, daß sie garnicht dem Schuldner gehört, sondern einem Dritten gestohlen war, oder wenn der Gläubiger die Sache später als mangelhaft erkennt.[3]) Andererseits braucht sich aber der Gläubiger auch dabei nicht zu beruhigen, daß die Sache ihm entrissen wird oder an Mängeln leidet; vielmehr kann er den Schuldner in solchen Fällen haftbar machen, wie wenn dieser die Sache ihm verkauft hätte. Das Gleiche gilt, wenn nicht eine Sache, sondern irgend ein anderes Gut an Erfüllungsstatt gegeben ist.[4])

3. a) Nicht selten übernimmt der Schuldner, um dem Gläubiger für eine Forderung Befriedigung zu verschaffen, eine neue Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger.[5]) Natürlich wird die hierdurch zu Gunsten des Gläubigers begründete neue Forderung von etwas anderer Art sein als die alte; denn sonst hätte es gar keinen Zweck, sie zu begründen; sie ist z. B. leichter zu beweisen; oder sie geht auf Geld, während die alte Forderung auf eine andere Leistung gerichtet ist. Das Gesetz bestimmt nun, daß die Begründung der neuen Forderung nicht als Hingabe an Erfüllungsstatt anzusehen sei: der Gläubiger verliert also, wenn er die neue Forderung annimmt, die alte nicht, sondern kann sowohl die alte wie die neue geltend machen, aber natürlich nur eine von ihnen, sodaß, wenn eine erfüllt wird, auch die andere erlischt.

b) Doch gilt diese Regel nur im Zweifel. Es ist also wohl möglich, daß die Parteien vereinbaren, die alte Forderung solle erlöschen und die neue an ihre Stelle treten. In diesem Falle spricht man von einer Novation. Von ihr wird unten beim Schuldanerkenntnis zu reden sein.

3. Hinterlegung.[1])

§ 110.

1. Die Hinterlegung greift nur bei Verpflichtungen Platz, welche auf die Zahlung von Geld oder die Herausgabe oder Lieferung von Wertpapieren, anderen Urkunden oder Kostbarkeiten[2]) gehen. Sie findet bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle statt. Die H.Stelle bewahrt die hinterlegten Sachen entweder getrennt auf oder vermischt sie mit den eignen Beständen; im letzteren Falle ist sie zur Herausgabe des Wertes der Sachen samt Zinsen verpflichtet.

Das Nähere bestimmt das Landesrecht (EG. 145). In Preußen gilt zur Zeit die Hinterlegungsordnung vom 14. 3. 79. Danach dienen als HStellen die Bezirksregierungen.

---

3) RGB. 365. Anders römisches und preußisches Recht: l. 46 pr. D. 46, 3; Pr. LR. I, 16 § 243. 4) RGB. 365.

5) Über die Hingabe von Wechseln an Zahlungsstatt oder Zahlungshalber s. m. Lehrb. des Handelsrechts § 53 IV.

1) Ulrich, Deposition u. Dereliktion (77); Czyhlarz in Grünhuts Ztsch. 6 S. 657 (79).

2) Siehe auch EG. 146 und oben S. 349, 3 b.

Hinterlegtes Geld wird mit den Kassenbeständen der H. Stelle vermischt und geht in das Eigentum des Fiskus über; Wertpapiere und Kostbarkeiten werden getrennt aufbewahrt.

2. Die Hinterlegung ist im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nur rechtswirksam, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug oder die Leistung an ihn aus einem in seiner Person liegenden Grunde unmöglich oder unsicher ist.[3]) Doch prüft die H. Stelle nicht, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, sondern nimmt die Hinterlegung auf einseitigen Antrag des Schuldners kritiklos an; ihre eignen Verpflichtungen gegenüber Gläubiger und Schuldner sind denn auch die gleichen, mag die Hinterlegung gerechtfertigt sein oder nicht. — Der Schuldner muß dem Gläubiger die Hinterlegung, wenn thunlich, anzeigen; andernfalls bleibt zwar die Hinterlegung rechtswirksam; der Schuldner ist aber dem Gläubiger schadensersatzpflichtig.[4])

3. Der Gläubiger erwirkt durch die Hinterlegung gegenüber der H.Stelle ein eignes Recht auf die hinterlegten Sachen oder ihren Wert; der Hinterlegungsvertrag, den der Schuldner mit der H.Stelle abschließt, ist also ein Vertrag zu seinen Gunsten. Doch unterliegt sein Recht zunächst dem Widerruf des Schuldners, indem dieser die Sachen (oder ihren Wert) beliebig zurücknehmen kann. Dies Widerrufsrecht fällt aber fort:

a) wenn der Schuldner der H.Stelle erklärt, daß er auf das Widerrufsrecht verzichtet;

b) wenn der Gläubiger der H.Stelle erklärt, daß er die Hinterlegung annimmt;

c) wenn der H.Stelle ein rechtskräftiges zwischen Gläubiger und Schuldner ergangenes Urteil vorgelegt wird, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.[5])

Das Widerrufsrecht kann von den Gläubigern des hinterlegenden Schuldners nicht gepfändet werden; auch kann es der Schuldner selber nicht geltend machen, wenn er sich im Konkurse befindet.[6])

4. Wenn der Gläubiger die Erfüllung seiner Forderung nur gegen eine von ihm zu bewirkende Gegenleistung fordern kann, darf der Schuldner die Sachen mit der Beschränkung hinterlegen, daß der Gläubiger die Herausgabe der Sachen oder ihres Wertes nur verlangen darf, wenn er die ihm obliegende Gegenleistung bewirkt.

5. a) Solange der Schuldner die Hinterlegung widerrufen darf, dauert die Forderung des Gläubigers gegen ihn fort. Doch kann der Schuldner verlangen, daß der Gläubiger sich an die hinterlegten Sachen hält; auch trägt der Gläubiger die Gefahr der Sachen; Zinsen braucht der Schuldner nicht zu zahlen, Ersatz für nicht gezogene Nutzungen nicht zu leisten. Nimmt aber der Hinterleger die Sachen zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt.[7])

3) RGB. 372; siehe oben S. 349, 3b; 352, 3.
4) RGB. 374 Abs. 2. 5) RGB. 376.
6) RGB. 377. 7) RGB. 379.

b) Sobald das Widerrufsrecht des Schuldners fortgefallen, ist die Forderung des Gläubigers endgültig aufgehoben; und zwar wird die Aufhebung auf den Zeitpunkt der Hinterlegung zurückgezogen.[8]

Das Recht des Gläubigers auf die hinterlegten Sachen oder ihren Wert erlischt in 30 Jahren, nachdem die Hinterlegung ihm angezeigt oder er sich bei der Hinterlegungsstelle gemeldet hat. Alsdann ist der Schuldner zur Rücknahme berechtigt, selbst wenn er vorher darauf verzichtet hatte;[9] in welcher Frist er das Recht ausüben muß, bestimmt das Landesrecht.[10] Die Kosten der Hinterlegung trägt der Gläubiger, es sei denn, daß der Schuldner die Sachen zurücknimmt.[11]

4. Aufrechnung.

§ 111.

Die Aufrechnung oder Kompensation setzt zwei gegenüberstehende Forderungen voraus: eine, mit der aufgerechnet wird, und eine, gegen welche aufgerechnet wird; wir können die erstere in diesem Zusammenhang als Aktiv-, die andere als Passivforderung bezeichnen und auch die Inhaber der beiden Forderungen kurz als Aktiv- und Passivgläubiger unterscheiden. Die Aufrechnung besteht nun darin, daß der Aktivgläubiger seine Forderung derart geltend macht, daß die Erfüllung aller beiden Forderungen unterbleibt, beide Forderungen sich also gegenseitig aufheben.

I. Voraussetzungen der Aufrechnung.

1. a) Der Aktivgläubiger muß Schuldner der Passivforderung, der Passivgläubiger muß Schuldner der Aktivforderung sein.[2]

Demgemäß kann, wenn aus einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten der Dritte ein eignes Recht erworben hat, der Schuldner gegen dieses Recht nur mit solchen Forderungen aufrechnen, die ihm gegen den Dritten, nicht dagegen mit Forderungen, die ihm gegen die andere Vertragspartei zustehen.

b) Ausnahmsweise kann eine Aufrechnung auch stattfinden, wenn diesem Erfordernis nicht genügt ist; insbesondere kann ein Bürge auf seine Bürgschaftsschuld eine Forderung aufrechnen, deren Gläubiger nicht er, sondern der Hauptschuldner ist. Über die einzelnen hierher gehörigen Ausnahmen ist an anderer Stelle zu handeln.[3]

c) Umgekehrt wird das Erfordernis, daß der Aktivgläubiger Schuldner der Passivforderung und der Passivgläubiger Schuldner der Aktivforderung sein muß, wesentlich verschärft, wenn es sich um eine Aufrechnung gegen Forderungen des Reichsfiskus handelt. Hier genügt es nämlich nicht, daß die

---

8) RGB. 378. 9) RGB. 382.

10) EG. 145. 11) RGB. 381.

1) Brinz, Lehre v. d. Kompensation (49); Dernburg, Gesch. u. Theorie der Kompensation 2. Aufl. (68); Schwanert, Kompensation (70); Eisele, Kompensation (76); Lippmann, Jahrb. f. Dogm. 32 S. 157 (93).

2) RGB. 387. 3) Siehe oben S. 354 d; ferner unten S. 371 c.

Aktivforderung gegen den Reichsfiskus als Schuldner geht, sondern es ist außerdem nötig, daß die Aktiv- und Passivforderung bei der nämlichen Kasse zu berichtigen ist, obschon doch diese Kassen keineswegs selbständige juristische Personen darstellen. Die gleiche Regel gilt zu Gunsten jedes deutschen Landesfiskus, sowie der deutschen Gemeinden und sonstigen Kommunalverbände.[4])

d) Über den Fall, daß die Aktiv- oder die Passivforderung mehreren Gläubigern zugleich zusteht, siehe unten § 118—120.

2. Beide Forderungen müssen ihrem Gegenstande nach gleichartig sein. Deshalb ist die Aufrechnung praktisch am wichtigsten bei Forderungen, die auf Leistung von Geld, Wertpapieren oder börsenmäßig gehandelten Waren gehen.[5])

3. Die Aktivforderung muß fällig, d. h. es muß der Zeitpunkt gekommen sein, in welchem der Schuldner sie zu erfüllen verpflichtet ist; bei der Passivforderung genügt es dagegen, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, in welchem der Schuldner sie zu erfüllen berechtigt ist.[6])

4. a) Daß die beiden Forderungen an verschiedenen Orten zu erfüllen sind, steht der Aufrechnung nicht entgegen. Doch muß der Aktivgläubiger dem Passivgläubiger den Schaden ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die ihm gebührende Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder die ihm obliegende Leistung nicht an dem bestimmten Orte bewirken kann.[7])

b) Auch hier gilt eine Ausnahme: ist bei einer Forderung vereinbart, daß sie zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfüllt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß wider sie die Aufrechnung mit einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll.[8])

5. a) Die Aktivforderung muß rechtsgültig sein. Deshalb können z. B. Forderungen aus einem Spielgeschäft oder einem mündlichen Schenkungsversprechen zur Aufrechnung nicht verwendet werden. Das Gleiche gilt für Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht,[9]) z. B. die des Zurückbehaltungsrechts.

b) Doch gilt auch hier eine Ausnahme: es ist nämlich die Aufrechnung mit einer Forderung statthaft, welche zu der Zeit, da sie thatsächlich zur Aufrechnung gegen die andere Forderung verwendet wird, bereits verjährt ist, vorausgesetzt, daß sie schon in einem früheren Zeitpunkt zum gleichen Zwecke hätte verwendet werden können und damals noch nicht verjährt war.[10])

Beispiel. A. ist dem B. 2000 Mk. schuldig, zahlbar in zwei gleichen Raten am 1. April 1900 und 1901, nicht früher und nicht später. A. hat eine Gegenforderung gegen B., gleichfalls in Höhe von 2000 Mk., zahlbar 1898; die Verjährung der Gegenforderung läuft am 31. Dezember 1900 ab. Im Januar 1902 klagt B. auf Zahlung der ihm gebührenden 2000 Mk., und A. erklärt nun, mit seiner verjährten Gegenforderung aufrechnen zu wollen; zulässig ist dies nur bezüglich der ersten, 1900 zahlbaren Rate der Forderung B.s.

---

4) RGB. 395. 5) RGB. 387.
6) RGB. 387. 7) RGB. 391 Abs. 1.
8) RGB. 391 Abs. 2. 9) RGB. 390 Satz 1. 10) RGB. 390 Satz 2.

c) Daß die Passivforderung ungültig ist, steht der Aufrechnung nicht entgegen; doch kann die gegen eine ungültige Passivforderung erklärte Aufrechnung in gleicher Art rückgängig gemacht werden, wie die Erfüllung einer ungültigen Forderung, z. B. wegen Irrtums.

6. Gegen manche Forderungen ist die Aufrechnung ausgeschlossen.

a) Gegen Forderungen aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung.[11])

b) Gegen alle Forderungen, die einer Pfändung nicht unterworfen sind; ist die Pfändung teilweise erlaubt, so ist auch die Aufrechnung insoweit statthaft.[12])

c) Gegen die Forderung der Aktiengesellschaften auf rückständige Einlagen der Aktionäre u. s. w.[13])

7. Vertragsmäßig können die Erfordernisse der Aufrechnung sowohl verschärft wie gemindert werden; nur die Regeln zu 6 b, c können nicht im voraus durch Vertrag ausgeschlossen werden.

II. 1. Die Aufrechnung tritt nicht von Rechtswegen ein. Die gegenüberstehenden Forderungen dauern also zunächst fort, mag auch ihre gegenseitige Aufrechnung unbedenklich zulässig sein. Deshalb darf eine Klage nicht abgewiesen werden, mag auch aus dem eignen Vortrage des Klägers hervorgehen, daß dem Klageanspruch eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung des Beklagten gegenübersteht.

2. Das Recht der Aufrechnung stellt also eine Einrede dar. Es wird ausgeübt durch eine einseitige, formlose, aber empfangsbedürftige, nämlich an den Passivgläubiger zu richtende Erklärung des Aktivgläubigers. Die Erklärung ist unwiderruflich. Sie darf nicht durch Bedingungen oder Befristungen beschränkt werden.[14])

Wenn beide Teile aufrechnungsberechtigt sind, hängt die Frage, wer von ihnen Aktiv- oder Passivgläubiger ist, von dem Zufall ab, daß der eine oder der andere die Aufrechnung zuerst erklärt. Doch ist nicht selten bloß eine der Parteien aufrechnungsberechtigt, die andere nicht, wie sich das aus den Regeln zu I (namentlich zu 1 c, 3, 5 c, 6) ergiebt.

3. Hat der Aktivgläubiger die Aufrechnungserklärung abgegeben, so wirkt sie rückwärts bis auf den Zeitpunkt, von welchem ab dieser Gläubiger die Aufrechnung zu erklären befugt war. Von diesem Zeitpunkt ab gelten also nunmehr beide Forderungen — natürlich nur soweit, als sie sich decken — für erloschen;[15]) von nun ab laufen keine Zinsen mehr, ist von einem Verzuge beiderseits keine Rede u. s. w.

III. 1. Wenn der Aktivgläubiger mehrere aufrechenbare Forderungen an den Passivgläubiger hat oder umgekehrt und diese Forderungen nicht sämtlich voll aufgerechnet werden, so entsteht die Frage, welche der Aktiv- und welche der Passivforderungen bei der Aufrechnung zu bevorzugen sind. Die Antwort ist die gleiche wie in dem verwandten Falle, wo ein

---

11) RGB. 393.
12) RGB. 394 Satz 1. Siehe die Ausnahmen ebenda Satz 2 und im EG. 81.
13) HGB. 219 Abs. 2. 14) RGB. 388.
15) RGB. 389; siehe auch RGB. 357 (Rücktritt).

Schuldner, der mehrere Verpflichtungen gegen den Gläubiger hat, eine Erfüllungsleistung macht, die nicht sämtliche Verpflichtungen deckt. Doch besteht ein Unterschied. Der Schuldner welcher erfüllt, darf bei der Erfüllung die Vorzugsfrage nach Willkür abweichend von den gesetzlichen Regeln entscheiden. Der Aktivgläubiger, welcher aufrechnet, hat dagegen das gleiche Recht nicht; allerdings kann auch er zunächst die Vorzugsfrage entscheiden, wie er will; wenn aber der Passivgläubiger dieser Entscheidung unverzüglich widerspricht, so hat es bei der gesetzlichen Entscheidung sein Bewenden (RGB. 396 Abs. 1; siehe oben S. 345, 4 a, c.)

2. Wenn der Aktivgläubiger dem Passivgläubiger außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten schuldet, so kommt die für die Erfüllung geltende Regel (oben S. 354, 4 b, c) analog zur Anwendung (RGB. 396 Abs. 2).

IV. Der Aufrechnung verwandt ist die Skontration. Von ihr ist im Handelsrecht zu sprechen.[16])

5. Rücktritt.

§ 112.

1. Rücktritt ist die Erklärung einer Vertragspartei, daß sie das durch ihren Vertrag geschaffene Rechtsverhältnis rückgängig mache. Dem Rücktritt ähnlich und doch von ihm scharf zu unterscheiden sind folgende andere Parteierklärungen.

a) Eine Vertragspartei erklärt, daß sie die Leistung, welche ihr die Gegenpartei schuldet, zurückweise und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere.[1]) Damit geht sie von dem Vertrage ab, da sie ja von einer vertragsmäßigen Erfüllung der gegnerischen Verpflichtung Abstand nimmt. Andrerseits bleibt sie aber auch bei dem Vertrage stehen; denn indem sie Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verlangt sie ja gerade, daß ihr aller Vorteil, welchen ihr der Vertrag bei ordnungsmäßiger Erfüllung versprach, unverkürzt verbleibe. Hingegen eine Partei, welche zurücktritt, will von dem Vertrage überhaupt nichts wissen, weder von dem Schaden, den er bringt, noch von dem Gewinn, den er verheißt; sie erstrebt nicht den Zustand, wie er sein würde, wenn der Gegner den Vertrag ordentlich erfüllt hätte, sondern den Zustand, wie er sein würde, wenn der Vertrag garnicht abgeschlossen wäre. Anders gesagt: die Partei, welche Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verbleibt auf dem Boden des Vertrages; die Ansprüche, welche sie erhebt, sind deshalb als vertragsmäßige anzusehen und unterliegen der gleichen Verjährung wie die Ansprüche auf gewöhnliche Vertragserfüllung; die Partei, welche vom Vertrage zurücktritt und etwa Rückgabe dessen, was sie der Gegenpartei gegeben, fordert, verläßt dagegen den Boden des Vertrages; ihre Ansprüche sind deshalb nicht als vertragsmäßige anzusehen und unterliegen der langen Verjährung von 30 Jahren.

b) Eine Vertragspartei erklärt, daß sie ein vertragsmäßiges Rechtsverhältnis auflöse oder aufkündige. Damit will sie das Rechtsverhältnis nur für die Zu-

---

16) Siehe m. Lehrb. des Handelsrechts § 62 II.

1) Siehe die Beispiele oben S. 322, 2 d; 334 b; 336, 2 a; 345 a.

kunft beseitigen, während der Rücktritt den Bestand des Rechtsverhältnisses auch in der Vergangenheit rückgängig macht.

2. Eine Vertragspartei ist zum Rücktritt berechtigt nach Gesetzesvorschrift oder kraft besonderer vertragsmäßiger Vereinbarung.

a) Von dem gesetzlichen Rücktrittsrecht ist an anderer Stelle zu handeln, namentlich in der Lehre von den unmöglichen Leistungen[2]), vom Verzuge[3]), vom Kauf. Dort ist auch zu erwähnen, daß die im folgenden zu entwickelnden Regeln vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht nicht durchweg, aber doch größtenteils auf das gesetzliche Rücktrittsrecht zu übertragen sind.

b) Das vertragsmäßige Rücktrittsrecht kann einer Partei derart zugebilligt werden, daß sie es nach freiem Belieben gebrauchen kann; doch muß sie alsdann, wenn sie wirklich zurücktritt, häufig ein Reugeld zahlen. Noch öfter wird aber das Rücktrittsrecht der Partei nur dann zugesprochen, wenn die Gegenpartei ihre vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht erfüllt[4]) (sog. kassatorische Klausel).

Nur ein anderer Ausdruck für die kassatorische Klausel ist es, wenn die Parteien vereinbaren, der Schuldner solle seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein, wenn er seine Verpflichtungen nicht erfülle,[5]) obschon man aus dem Wortlaut dieser Vereinbarung folgern könnte, der Verlust der Rechte des Schuldners bei Nichterfüllung seiner Verpflichtungen trete von selber ein, sodaß eine Rücktrittserklärung des Gläubigers entbehrlich wäre. Behauptet die Gegenpartei, sie habe ihre Verbindlichkeit erfüllt und der Rücktritt der berechtigten Partei sei deshalb trotz der kassatorischen Klausel unstatthaft, so ist die Beweislast die gleiche, wie wenn die Parteien um die Verwirkung einer Vertragsstrafe streiten: es muß also die Gegenpartei die Erfüllung beweisen, es sei denn, daß ihre Verpflichtung auf ein bloßes Unterlassen gerichtet ist.[6]) Dagegen wird in einer anderen Beziehung die kassatorische Klausel und die Vertragsstrafe verschieden behandelt: während der Schuldner (außer bei Unterlassungen) den Strafanspruch des Gläubigers abwendet, wenn er beweist, daß er an der Nichterfüllung seiner Verpflichtungen keine Schuld habe, muß er den Rücktritt des Gläubigers auch bei schuldloser Nichterfüllung seiner Pflichten über sich ergehen lassen.

3. a) Der Rücktritt geschieht durch eine Erklärung der berechtigten Partei. Die Erklärung ist einseitig, aber empfangsbedürftig, nämlich an die Gegenpartei zu richten.[7]) Einer Form bedarf sie nicht.

b) Hat die zurücktretende Partei ein Reugeld zu zahlen, so muß sie dieser ihrer Pflicht vor oder bei der Erklärung des Rücktritts genügen. Anderenfalls darf die Gegenpartei den Rücktritt als unwirksam zurückweisen, muß dies dann aber unter Angabe des Grundes unverzüglich nach Empfang der Rücktrittserklärung kundthun. Doch kann der Berechtigte den Mangel seiner Rücktrittserklärung dadurch heilen, daß er das Reugeld unverzüglich, nachdem die Gegenpartei den Rücktritt zurückgewiesen hat, nachzahlt.[8])

c) Das Rücktrittsrecht ist unteilbar. Deshalb muß die Rücktrittserklärung

---

2) Siehe oben S. 336, 2 c; 337, 2 b. 3) Siehe oben S. 345 a; 346 b; 352, 2.
4) Erfüllung durch Aufrechnung? RGB. 357.
5) RGB. 360. 6) RGB. 358.
7) RGB. 349. 8) RGB. 359.

sich auf das ganze Rechtsverhältnis beziehen; und wenn bei dem Rechtsverhältnis auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen beteiligt sind, so kann der Rücktritt nur von allen und gegen alle ausgeübt werden; verliert einer der Berechtigten das Rücktrittsrecht, so geht das Recht auch für die anderen verloren.[9])

4. Der Rücktritt ist, wenn er einmal gültig erklärt wird, unwiderruflich.

5. a) Er bewirkt, daß die beiderseitigen Forderungen und Verpflichtungen aus dem Vertrage erlöschen. Ihre Erfüllung kann von nun ab nicht mehr gefordert werden, weder von der Partei, die den Rücktritt erklärt hat, noch von der Gegenpartei.

b) Sind die Forderungen bereits ganz oder teilweise erfüllt, so wird diese Erfüllung nicht sofort mit der Erklärung des Rücktritts unwirksam; der Vorbehalt des Rücktritts hat also nicht die Bedeutung einer auflösenden Bedingung; hat z. B. der Rücktrittsberechtigte das Eigentum einer Sache an die Gegenpartei unter Vorbehalt des Rücktrittsrechts übertragen, so behält letztere trotz der Rücktrittserklärung zunächst das Eigentum. Jede Partei ist aber obligatorisch verpflichtet, der Gegenpartei jeden Gegenstand herauszugeben, den sie von ihr auf Grund des Vertrages empfangen hat; dazu muß sie auch — da ja der Rücktritt alle Wirkungen des Vertrages nach rückwärts hin beseitigt — die Nutzungen herausgeben, welche sie von dem Gegenstande seit der Zeit des Empfanges (nicht etwa erst seit der Zeit der Rücktrittserklärung) thatsächlich gezogen hat oder nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen müssen; hat sie Gelder empfangen, so muß sie diese vom Tage des Empfanges mit 4 % verzinsen. — Die Herausgabe muß beiderseits Zug um Zug erfolgen, nach den Regeln, welche für die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages gelten.[10])

Hat eine Partei von der anderen auf Grund des Vertrages Dienste empfangen, so muß sie dafür Vergütung in Geld leisten; die Vergütung besteht in dem für die Dienste vertragsmäßig ausgemachten Entgelt, sodaß also insoweit der Vertrag trotz des erklärten Rücktritts aufrecht erhalten wird; ist ein Entgelt nicht ausgemacht, so ist der durch Abschätzung zu ermittelnde wirkliche Wert der Dienste zu vergüten. Die gleiche Regel gilt, wenn eine Partei der anderen die Benutzung einer Sache überlassen hat.[11])

6. a) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand durch Verarbeitung wesentlich umgestaltet oder wenn er eine wesentliche Verschlechterung oder den Untergang des Gegenstandes schuldhaft herbeigeführt oder wenn er sich anderweit die Rückgabe schuldhaft unmöglich gemacht hat; dem eignen Verschulden des Rücktrittsberechtigten steht das Verschulden seiner Gehülfen und Vertreter gleich.[12]) Dagegen bleibt das Rücktrittsrecht erhalten, wenn der vom Berechtigten empfangene Gegenstand ohne seine Schuld untergeht oder schlechter wird; im ersteren Falle wird der Berechtigte von seiner Rückgabepflicht frei und kann einseitig die Rückgabe dessen fordern,

---

9) RGB. 356. 10) RGB. 346—348.
11) RGB. 346 Satz 2. 12) RGB. 351, 352.

was die Gegenpartei empfangen hat; im letzteren Falle giebt er die Sache einfach in dem Zustande heraus, in welchem sie sich zur Zeit thatsächlich befindet.[13])

b) Regelmäßig wird das Rücktrittsrecht auch dadurch ausgeschlossen, daß der Berechtigte über den von ihm empfangenen Gegenstand verfügt, z. B. ihn einem Dritten übereignet oder verpfändet hat; denn dadurch macht er sich die Rückgabe des Gegenstandes schuldhaft unmöglich. Jedoch steht seinem Rücktritte nichts im Wege, sobald es ihm gelingt, die Verfügung rückgängig zu machen, z. B. wenn er den bei einem Dritten verpfändeten Gegenstand rechtzeitig einlöst.

Hat der Dritte, zu dessen Gunsten der Rücktrittsberechtigte die Verfügung getroffen, den Gegenstand in der Zwischenzeit umgestaltet oder schuldhaft verschlechtert oder zerstört, so kann der Berechtigte seine Verfügung thatsächlich nicht mehr rückgängig machen; sein Rücktritt ist also ausgeschlossen.[14]) Anders, wenn die Sache bei dem Dritten *zufällig* untergegangen oder verschlechtert ist; dann ist der Rücktritt statthaft; denn der gleiche oder ein ähnlicher Zufall hätte ja die Sache auch beim Rücktrittsberechtigten treffen können; sonach ist in diesem Falle die Unmöglichkeit der Rückgabe des Gegenstandes nicht durch die Schuld des Berechtigten verursacht. — Die gleichen Regeln gelten, wenn nicht der Berechtigte selbst verfügt hat, sondern eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes oder durch den Konkursverwalter erfolgt ist.[15])

c) Der Rücktritt ist ferner ausgeschlossen, wenn der Berechtigte auf sein Rücktrittsrecht verzichtet; doch muß der Verzicht ein vertragsmäßiger sein, d. h. gegenüber der Gegenpartei erklärt und von ihr angenommen werden. Meistens wird übrigens ein derartiger vertragsmäßiger Verzicht schon darin liegen, daß der Berechtigte die ihm nach dem Vertrage obliegende Leistung an die Gegenpartei mit deren Einverständnis vollständig oder auch nur teilweise bewirkt, z. B. wenn der Käufer die unter dem Vorbehalte des Rücktritts erkaufte Ware bezahlt.

d) Der Rücktritt ist endlich auch dann ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die vereinbarte Rücktrittsfrist hat verstreichen lassen, ohne den Rücktritt zu erklären. War eine Frist nicht vereinbart, so kann die Gegenpartei ihrerseits dem Berechtigten eine angemessene Frist setzen.[16])

e) Kommt der Berechtigte, nachdem er den Rücktritt erklärt hat, mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes in Verzug, so kann die Gegenpartei ihm eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß sie die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne. Läßt der Berechtigte die Frist ungenützt verstreichen, so ist der Rücktritt unwirksam und es verbleibt beim Vertrage.[17])

7. a) Dadurch, daß der von der *Gegenpartei* empfangene und nun zurückzugewährende Gegenstand untergegangen ist, wird das Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen. Allerdings ist hierdurch die Gegenpartei, falls ihr ein Verschulden nicht zur Last fällt, von der Verpflichtung zur Rückgewähr des Empfangenen befreit, und das wird den Berechtigten veranlassen, von seinem Rück-

---

13) RGB. 350. 14) RGB. 353.
15) RGB. 353 Abs. 2.
16) RGB. 355. 17) RGB. 354.

trittsrecht aus freien Stücken keinen Gebrauch zu machen. Ist aber die Gegenpartei an dem Untergange des Gegenstandes schuld, so muß sie, wenn der Rücktritt erklärt wird, Schadensersatz leisten[18]); der Rücktritt kann also in diesem Falle dem Berechtigten nützlich sein.

b) Entsprechende Regeln gelten, wenn der von der Gegenpartei empfangene Gegenstand nicht untergegangen, aber schlechter geworden ist.

6. Sonstige Aufhebungsgründe.

§ 113.

1. Erlaß.[1]) a) Dies ist der Verzicht des Gläubigers auf die Forderung. Er ist rechtswirksam nur, wenn er vom Schuldner angenommen wird, also nicht als eine einseitige Erklärung des Gläubigers, sondern nur als Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner.[2]) Einer Form bedarf er nicht.

b) Er ist eine „reine" Zuwendung des Gläubigers an den Schuldner, also unabhängig von dem Zwecke, welchen der Gläubiger mit der Erlaßerklärung verfolgt.

2. Wie ein Erlaß wird der Vertrag behandelt, in welchem der Gläubiger anerkennt, daß ihm eine Forderung gegen den Schuldner nicht zustehe.[3]) Selbstverständlich wird dieser Vertrag dadurch nicht unwirksam, daß der Gläubiger nachweist, sein Anerkenntnis sei falsch gewesen, da er in Wirklichkeit eine gültige Forderung wider den Schuldner allerdings gehabt habe. Wohl aber ist das Anerkenntnis wie jedes andere Rechtsgeschäft wegen Irrtums, Betrugs u. s. w. anfechtbar. Auch kann es wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Schuldners rückgängig gemacht werden.[4])

3. Manche Forderungen erlöschen, wenn der Gläubiger stirbt.[5])

4. Eine Forderung erlischt, wenn Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht in einer Person zusammentreffen, z. B. wenn der Gläubiger den Schuldner beerbt. Von den Ausnahmen, die dieser Satz erleidet, ist an anderer Stelle, namentlich im Pfand- und Erbrecht, zu handeln.

5. Eine Forderung erlischt unter Umständen, wenn ihre Erfüllung unmöglich wird.[6])

---

18) RGB. 347.

1) v. Völderndorff, Lehre vom Erlaß (50); Altmann, Erlaßvertrag (91); Meißels, Grünhuts Ztsch. 18 S. 665 (91).

2) RGB. 397 Abs. 1.

3) RGB. 397 Abs. 2.

4) Siehe RGB. 812 Abs. 2.

5) Siehe z. B. RGB. 847.

6) Siehe oben S. 333 II.

IV. Übergang der Forderungen auf einen neuen Gläubiger.[1])

1. Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.

§ 114.

Die Übertragung einer Forderung auf einen neuen Gläubiger heißt, wenn sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgt, Abtretung oder Zession.

I. Zulässigkeit der Abtretung.

1. a) Eine Forderung kann von dem bisherigen auf einen neuen Gläubiger rechtsgeschäftlich übertragen werden wie jedes andere Recht auch: durch einen solchen Wechsel des Rechtsinhabers wird die Identität der Forderung nicht zerstört, ihr Wesen nicht verändert. Diese Regel ist von unserem Rechte bereits im Mittelalter anerkannt worden,[2]) und auch nach der Rezeption hat unser Recht an ihr festgehalten, ohne sich durch die entgegengesetzte Lehre der Römer beirren zu lassen. Deshalb braucht hier diese römische Lehre und die künstliche Art, mit welcher die Römer selber sie allmählich umgingen, nicht weiter erörtert zu werden.

b) Doch gilt die Übertragbarkeit der Forderungen nicht ausnahmslos. Namentlich sind alle Forderungen, die der Pfändung entzogen sind, zugleich rechtsgeschäftlich unübertragbar,[3]) z. B. die Lohnforderungen der Arbeiter, bis zu einer gewissen Höhe auch die Gehaltsforderungen der Beamten.[4])

2. Eine ganz andere Frage als die, ob eine Forderung überhaupt abgetreten werden kann, ist die, ob die Abtretung auch ohne Zustimmung des Schuldners erfolgen darf.

a) Das ältere Recht hat diese Frage entschieden verneint: bei der Abtretung von Forderungen war die Zustimmung des Schuldners unentbehrlich.[5]) Doch konnte die Zustimmung auch im voraus und in allgemeinster Form erteilt werden, durch eine Klausel, welche den Gläubiger zu jeder beliebigen Abtretung der Forderung ermächtigte; bei schriftlich beurkundeten Forderungen ist eine derartige Klausel sogar sehr häufig gebraucht worden; sie steht geschichtlich in Zusammenhang mit der Inhaber- und Orderklausel unserer Wertpapiere.

b) Durch das Erfordernis der Zustimmung des Schuldners war die Ab-

---

1) Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte 3. Aufl. (36); Bähr, Jahrb. f. Dogm. 1 S. 351 (57); A. Schmidt, Grundlehren der Cession (63).

2) Siehe Stobbe, Ztsch. f. Handelsrecht 11 S. 397 (68); Brunner ebenda 22 S. 523 (77); Stobbe, D. Pr.R. 3 § 177, 1.

3) RGB. 400. 4) ZPO. § ~~749~~. 849

5) Siehe die in Anm. 2 zitierten Schriftsteller.

tretung der Forderungen sehr erschwert. Mit gutem Grunde. Denn wennschon die Person des Gläubigers für den Bestand der Forderung nicht so wesentlich ist, daß sie eine Abtretung der Forderung überhaupt unmöglich macht, ist sie doch für den Bestand der Forderung so erheblich, daß die Abtretung nur mit (allgemeiner oder spezieller, ausdrücklicher oder stillschweigender) Zustimmung des Schuldners statthaft sein sollte. Dazu kommt, daß ein Bedürfnis, die Abtretung der Forderungen zu erleichtern, nur für gewisse einzelne Fälle (z. B. für die Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts mit Aktiven und Passiven) oder für bestimmte Arten der Forderungen (z. B. für Forderungen aus Wertpapieren, für Hypotheken) vorhanden ist. Trotzdem ist bei uns seit der Rezeption die entgegengesetzte römische Regel zu allgemeiner Geltung gekommen, und auch alle neueren Gesetze und nun das Reichsgesetzbuch halten an ihr fest: die Forderungen sind grundsätzlich ohne Zustimmung des Schuldners übertragbar. Eine Ausnahme gilt, wenn die Abtretung durch Vertrag mit dem Schuldner ausgeschlossen ist,[6]) sowie dann, wenn die geschuldete Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne erhebliche Veränderung ihres Inhalts bewirkt werden kann.[7])

Letztere Ausnahme trifft z. B. bei dem Gesindevertrage zu: denn sowohl die Leistungen des Dienstherrn an das Gesinde (nämlich zwar nicht die Löhnung, wohl aber die Aufnahme und Beköstigung des Gesindes) als auch die Leistungen des Gesindes an den Dienstherrn würden sich erheblich ändern, wenn sie an eine andere Person als den ursprünglichen „Gläubiger" bewirkt werden müßten. Dagegen ist z. B. das Recht des Wohnungsvermieters gegen den Mieter auch ohne Zustimmung des letzteren übertragbar. Allerdings benehmen sich die Vermieter recht ungleich in der Ausübung ihrer Rechte, z. B. in ihren Ansprüchen an die gute Erhaltung der Wohnung; allein auf diese Art der Ungleichheit nimmt unser Gesetz offenbar keine Rücksicht, weil es ja sonst bei sämtlichen Forderungen darauf Rücksicht nehmen, also bei sämtlichen Forderungen die Zustimmung des Schuldners zur Abtretung für notwendig erklären müßte; denn wo wäre eine Forderung, bei deren Ausübung die Person des Gläubigers gleichgültig ist?

3. Selbstverständlich kann der Gläubiger nur solche Forderungen abtreten, über welche er zu verfügen vermag. Daraus folgt, daß ein Gläubiger, dem eine Forderung bloß zur gesamten Hand mit anderen Gläubigern zusteht, zur Abtretung nicht befugt ist.[8])

4. Die Abtretung kann, wenn dies die dem Schuldner obliegende Leistung nicht erheblich erschwert, auch eine bloß teilweise sein. Sie kann auch unter Bedingungen und Befristungen erfolgen.

II. Form der Abtretung.

Die Abtretung einer Forderung geschieht durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger, ohne Zuziehung des Schuldners. Doch muß der Vertrag, damit er auch gegen den Schuldner volle Wirksamkeit erhalte, diesem formell angezeigt werden. Im einzelnen gelten folgende Regeln.

---

6) Siehe aber unten Anm. 19.

7) Siehe RGB. 399. 8) Siehe unten § 119, 3.

1. Im Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger ist der Abtretungsvertrag alsbald mit dem Abschluß wirksam, ohne daß es auf die Anzeige der Abtretung an den Schuldner irgendwie ankäme: die abgetretene Forderung ist also dem alten Gläubiger sofort verloren, dem neuen Gläubiger sofort gewonnen.

2. Dagegen macht das Verhältnis des Schuldners zu dem alten und dem neuen Gläubiger eine allmähliche Entwickelung durch, in welcher drei Stadien zu unterscheiden sind.

a) Erstes Stadium: der Schuldner hat noch keine sichere Kenntnis von der Abtretung, sondern ist entweder ganz ohne Mitteilung oder die ihm gemachten Mitteilungen sind nicht völlig überzeugend.[9]) Dann kann er, wenn er will, die Abtretung zu seinen Gunsten ausnutzen, also eine Mahnung oder Kündigung des alten Gläubigers als ungültig behandeln, und bei einer Klage des alten Gläubigers die Abweisung wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers beantragen. Dem entspricht es, daß er den neuen Gläubiger schon jetzt als rechtmäßigen Inhaber der Forderung anerkennen darf; er kann ihm kündigen und eine Kündigung von ihm annehmen; er kann ihm Erfüllung anbieten und ihn in Annahmeverzug versetzen. Doch gilt dies alles eben nur, wenn der Schuldner will. Ebensogut kann also der Schuldner die Abtretung ganz unbeachtet lassen. Sonach darf er nach wie vor an den alten Gläubiger erfüllen; ebenso sind sonstige Verhandlungen zwischen ihm und dem alten Gläubiger in betreff der Forderung vollgültig, z. B. eine Kündigung, ein Schulderlaß. Dem entspricht es, daß er die Gläubigerstellung des neuen Gläubigers durchaus nicht anzuerkennen braucht; vielmehr kann er Mahnungen oder Kündigungen des Gläubigers als nichtig zurückweisen, dies freilich mit der Beschränkung, daß er die Zurückweisung unverzüglich erklären muß;[10]) bei einer Klage des neuen Gläubigers kann er die Abweisung wegen mangelnder Aktivlegitimation beantragen u. s. w. Schließlich kann der Schuldner auch einen Mittelweg einschlagen, nämlich die Abtretung weder anerkennen noch bestreiten, sondern als unsicher behandeln: die Folge ist alsdann, daß er weder an den alten noch an den neuen Gläubiger erfüllt, sondern die Erfüllung bis zur Klärung der Sachlage allen beiden Gläubigern verweigert oder sich (soweit zulässig[11]) durch Hinterlegung oder Selbsthülfeverkauf freimacht.

b) Zweites Stadium: der Schuldner hat sichere Kenntnis von der Abtretung, aber noch keine *formelle* Mitteilung darüber bekommen. Dann hört das Recht des Schuldners, die Abtretung einfach unbeachtet zu lassen, auf.[12]) Vielmehr steht die Abtretung mindestens in dem negativen Sinne auch dem Schuldner gegenüber fest, daß die Rolle des alten Gläubigers ausgespielt ist: der Schuldner darf an ihn nicht mehr erfüllen; er darf ihm weder kündigen,

---

9) Siehe RGB. 407, 410.
10) RGB. 410 Abs. 1, Satz 2. 11) Siehe oben S. 352, 3.
12) RGB. 407. Ausnahme RGB. 411.

noch von ihm eine Kündigung annehmen; er darf mit ihm keine Verträge über die Schuld abschließen u. s. w. Der Faden, welcher den Schuldner mit dem alten Gläubiger verknüpft, ist also endgültig zerschnitten. Hingegen bleibt die positive Wirkung der Abtretung, der Eintritt des neuen Gläubigers in die Forderung, noch ebenso unsicher wie im ersten Stadium; der Schuldner kann den neuen Gläubiger anerkennen, wenn er will, ist aber dazu nicht verpflichtet. — Woher der Schuldner die sichere Kenntnis von der Abtretung gewinnt, ist gleichgültig; es kann dies auf einer formlosen Mitteilung des alten oder neuen Gläubigers, es kann aber ebensogut auf einer zufälligen Mitteilung eines Unbeteiligten beruhen; nur muß die Mitteilung unbedingt glaubhaft sein. Daß der Schuldner die Kenntnis gehabt hat, muß ihm im Streitfall nachgewiesen werden. Kennenmüssen steht dem Kennen nicht gleich.

c) Drittes Stadium: dem Schuldner ist die Abtretung formell angezeigt.[13]) Die Anzeige geschieht entweder durch den alten Gläubiger und bedarf dann der Schriftform. Oder sie geschieht durch den neuen Gläubiger (wie im römischen Recht die sog. denuntiatio); dann kann die Anzeige selber mündlich geschehen; der neue Gläubiger muß aber dem Schuldner eine vom alten Gläubiger ausgestellte Abtretungsurkunde vorlegen und, wenn der Schuldner erfüllt, sie ihm auch aushändigen. Damit ist nun auch die positive Wirkung der Abtretung sicher gestellt; der neue Gläubiger ist jetzt in den Vollbesitz der Gläubigerrechte getreten; er kann jetzt mahnen, kündigen, Erfüllung fordern.

3. a) Dritten Personen gegenüber wird die Abtretung sofort mit dem Vertragsschluß wirksam; ein Gläubiger des alten Gläubigers kann also nach dem Abschluß des Abtretungsvertrages die Forderung nicht mehr mit Beschlag belegen, mag auch die Abtretung dem Schuldner noch nicht angezeigt sein.

b) Daraus ergiebt sich noch folgende Regel: wenn der alte Gläubiger seine Forderung mehrmals an verschiedene Personen abtritt, ist nur die erste Abtretung gültig. Doch muß der erste Erwerber der Forderung alle Leistungen, die der Schuldner an den späteren Erwerber gemacht, und alle Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Schuldner und dem späteren Erwerber über die Forderung vorgenommen worden sind, gegen sich gelten lassen, sofern der Schuldner zur Zeit der Leistung oder des Rechtsgeschäfts die erste allein gültige Abtretung nicht erweislich gekannt hat.[14])

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen ist (RGB. 408 Abs. 2).

III. Rechtsstellung des neuen Gläubigers.

1. Der neue Gläubiger kann die Forderung in dem vollen Umfang, in

---

13) RGB. 410. Noch strenger ausnahmsweise RGB. 411.

14) RGB. 408 Abs. 1.

welchem sie ihm abgetreten ist, geltend machen. So auch dann, wenn der alte Gläubiger ihm die Forderung mit einem „Damno" übertragen, d. h. als Kaufpreis nicht den Nennwert der Forderung, sondern nur einen geringeren Betrag ausbedungen hat; das Gesetz des byzantinischen Kaisers Anastasius, welches in diesem Falle dem neuen Gläubiger die Ausübung der von ihm erworbenen Forderung nur in Höhe des mit dem alten Gläubiger vereinbarten Kaufpreises gestattete, ist zwar in unserem gemeinen Recht rezipiert, aber allmählich wieder beseitigt.[15])

2. Die Forderung steht dem neuen Gläubiger mit allen Vorzügen zu, welche sie vor der Abtretung besaß. So gehen alle Hypotheken und Pfandrechte, welche für die Forderung bestanden, die Ansprüche aus einer für die Forderung bestellten Bürgschaft, alle Vorzugsrechte, deren die Forderung sich für den Fall des Konkurses oder der Zwangsvollstreckung erfreute, auf den neuen Gläubiger über.[16]) Auch für die Nebenansprüche, welche die Forderung begleiteten, mögen sie nun auf Zinsen, auf Schadensersatz, auf Vertragsstrafen u. dgl. gerichtet sein, gilt das gleiche wenigstens insoweit, als sie erst nach der Abtretung fällig werden, während bei Nebenansprüchen auf rückständige Zinsen und bereits verfallene Strafen besonders bewiesen werden muß, daß auch sie mit abgetreten sind.

3. Aber auch die Mängel, welche der Forderung zur Zeit der Abtretung anhafteten, bleiben nach der Abtretung fortbestehen. Die Forderung bleibt also nichtig oder anfechtbar, wenn sie es vorher war, ihre Verjährung setzt ohne Unterbrechung ihren Lauf fort, alle Einreden, die gegen den ursprünglichen Gläubiger begründet waren, gehen nunmehr auch gegen den neuen Gläubiger.[17]) Doch gelten hier folgende Besonderheiten.

a) Wenn der Schuldner gegen den alten Gläubiger den Einwand erheben konnte, die Forderung beruhe auf einem Scheingeschäft und sei deshalb nichtig, so darf er diesen Einwand an und für sich auch gegen den neuen Gläubiger richten. Hat er jedoch die Forderung durch eine schriftliche Urkunde begründet oder anerkannt und hat der alte Gläubiger diese Urkunde vor oder bei der Abtretung dem neuen Gläubiger vorgelegt, so ist der Einwand des Scheingeschäfts nach einer vom Reichsgesetzbuch neu aufgestellten Regel gegen den neuen Gläubiger ausgeschlossen, es sei denn, daß letzterer bei der Abtretung die Sachlage gekannt hat oder hätte kennen müssen.[18]) Auf den Einwand, daß die Forderung wegen Irrtums, Bedrohung, Zwang u. s. w. anfechtbar oder angefochten sei, ist diese Regel nicht ausgedehnt. Ebenso ist es dem Schuldner unbenommen, sich auf mündliche Nebenabreden zu stützen, welche er mit dem alten Gläubiger getroffen hat; allerdings dürfen die Nebenabreden dem Sinne der urkundlichen Vereinbarung nicht absichtlich widersprechen; denn ist dies der

15) Siehe oben S. 314 g. 16) RGB. 401.
17) RGB. 404. 18) RGB. 405.

Fall, so ist eben die Urkunde insoweit nur zum Scheine ausgestellt; aber auch diese Beschränkung fällt fort, wenn die der Urkunde widersprechenden Abreden erst nach Errichtung der Urkunde getroffen sind; denn die nachträgliche Abänderung eines Geschäfts macht dieses selbstverständlich nicht zum Scheingeschäft.

Daraus ergiebt sich freilich, daß die Beschränkung des Einwandes der Simulation, wie sie unser Gesetz anordnet, praktisch keinen Wert hat. Man beachte folgendes Beispiel. A. erwirbt von den Erben des B. eine Forderung des B. gegen C., welche von C. durch folgenden dem A. mit übergebenen Schuldschein verbrieft ist: „ich bekenne von B. 5000 Mk. Darlehn zu 6 % verzinslich empfangen zu haben und verspreche pünktliche Rückzahlung". Nun wendet C. ein, er habe dem B. seiner Zeit jenen Schuldschein gebracht, B. habe ihn auch an sich genommen, aber nur eine Darlehnssumme von 3000 Mk. ausbezahlt; mündlich habe B. mit ihm Rückzahlung des Darlehns nach 10 Jahren ausgemacht; später habe er 1000 Mk. an B. abbezahlt; demnächst habe B. die Zinsen auf 3 % ermäßigt und 1000 Mk. der Darlehnssumme ganz erlassen. Alle diese Einwendungen muß A. sich gefallen lassen, außer dem einen, daß C. nicht, wie er urkundlich anerkannt, 5000 Mk. als Darlehn empfangen habe. Sonach hat A. von C. 3000 Mk. nebst 3 % Zinsen, rückzahlbar nach Ablauf jener 10 Jahre, zu verlangen.

Ebenso wie der Einwand der Simulation ist noch der weitere Einwand beschränkt, der Schuldner habe mit dem alten Gläubiger die Abtretung vertragsmäßig ausgeschlossen: war diese Vereinbarung in der Urkunde nicht erwähnt, so wirkt sie gegen den neuen Gläubiger nur, wenn er sie bei der Abtretung gekannt hat oder hätte kennen müssen.[19])

b) Wird hiernach die Verteidigung des Schuldners gegen den neuen Gläubiger in gewisser Richtung beschränkt, so wird sie in anderer Richtung wieder erweitert: der Schuldner kann nämlich auch solche Einwendungen gegen den neuen Gläubiger vorbringen, welche gegen den alten Gläubiger erst nach der Abtretung, also zu einer Zeit begründet sind, da dieser garnicht mehr Gläubiger war, vorausgesetzt, daß der Schuldner zu dieser Zeit die Abtretung noch nicht gekannt hat. Das gilt namentlich, wenn der Schuldner nach der Abtretung seine Schuld zu Händen des alten Gläubigers durch Erfüllung oder Leistung an Erfüllungsstatt getilgt hat, wenn der alte Gläubiger nach der Abtretung die Forderung erlassen oder gestundet hat u. s. w.[20]) Der Grund der Regel liegt in dem bereits oben besprochenen Satze, daß die Abtretung zum Nachteile des Schuldners erst dann wirksam wird, wenn der Schuldner sie kennt.

c) Daraus ergiebt sich insbesondere für das Aufrechnungsrecht des Schuldners folgende Regel[21]): der Schuldner kann mit einer Gegenforderung, die ihm gegen den alten Gläubiger zusteht, auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er entweder die Forderung erst erworben hat, als er die Abtretung bereits kannte, oder daß er sie zwar schon vorher erworben hatte, daß die Forderung aber später als die abgetretene Forderung und erst, nachdem er die Abtretung bereits erfahren hatte, fällig geworden ist.

Beispiel. A. hat eine Forderung wider B., die am 1. Juli 1902 fällig wird, am 1. Juni 1901 an C. abgetreten, und B. hat die Abtretung am 1. August 1901 erfahren.

---

19) RGB. 405. 20) RGB. 407 Abs. 1. 21) RGB. 406.

Nun hat B. vier Gegenforderungen wider A. Die erste und zweite hat er 1900, die dritte im Juli, die vierte im September 1901 erworben; die erste ist 1900, die dritte und vierte im Januar 1902, die zweite im September 1902 fällig. Gegen C. kann B. nur mit der ersten und dritten Forderung aufrechnen.

d) Auf ein Urteil, welches in einem Prozesse zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner ergeht, kann der Schuldner sich auch gegenüber dem neuen Gläubiger berufen, sofern der Prozeß zu einer Zeit anhängig wurde, zu der die Abtretung der Forderung noch nicht geschehen oder doch dem Schuldner noch nicht bekannt geworden war.[22])

e) Liegt darin, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber die Forderung anerkannt hat, ein Verzicht auf alle Einwendungen, die dem alten Gläubiger gegenüber bestanden? Die Frage kann nur im Einzelfall beantwortet werden; denn es kommt darauf an, welche Absichten der Schuldner mit seinem Anerkenntnis erkennbar verfolgt hat.

4. Ist die Abtretung erfolgt, so kann die Forderung nunmehr neue Vorzüge oder neue Mängel bekommen. Insbesondere kann der Schuldner auch mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihm gegen den neuen Gläubiger zustehen.

IV. Rechtswirksam ist im allgemeinen nur eine gültige Abtretung.

1. Der Schuldner kann deshalb, wenn der angebliche neue Gläubiger ihn belangt, z. B. einwenden, daß die Abtretung nur zum Schein abgeschlossen und deshalb nichtig oder daß sie gefälscht sei; ist die Abtretung anfechtbar, etwa weil der alte oder der neue Gläubiger zum Abschluß des Abtretungsvertrages durch Betrug oder Bedrohung veranlaßt ist, so darf der Schuldner zwar die Abtretung nicht selber anfechten, aber, wenn die Anfechtung von dem Berechtigten erfolgt ist, sich darauf berufen.

2. Ebenso kann aber die Ungültigkeit der Abtretung auch gegen den Schuldner geltend gemacht werden; hat sich also irgend jemand beim Schuldner mit der Behauptung gemeldet, der alte Gläubiger habe ihm die Forderung abgetreten, und hat der Schuldner zu Händen dieser Person seine Schuld erfüllt, so kann, wenn die Abtretung sich als gefälscht oder als ein nichtiges Scheingeschäft oder als ein wegen Bedrohung angefochtenes, also gleichfalls ungültiges Geschäft herausstellt, der alte Gläubiger nochmalige Erfüllung der Schuld zu seinen Händen fordern. Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner die Ungültigkeit der Abtretung gekannt hat oder auch nur hat kennen können. So ist also der Schuldner der Gefahr ausgesetzt, seine Verpflichtungen doppelt erfüllen zu müssen. Um ihn gegen diese Gefahr einigermaßen zu schützen, bestimmt nun das Gesetz, daß der alte Gläubiger sich auf die Ungültigkeit der Abtretung gegen den Schuldner dann nicht berufen darf, wenn er selber dem Schuldner die Abtretung (schriftlich oder mündlich) angezeigt oder wenn er dem angeblichen neuen Gläubiger über die Abtretung eine Urkunde ausgestellt und der neue Gläubiger diese Urkunde dem Schuldner vorgelegt hat; es ruht also in diesem Falle das Recht des alten Gläubigers solange, bis er mit Zustimmung des angeblichen neuen Gläubigers dem Schuldner anzeigt, daß die Forderung in Wirklichkeit nicht oder nicht rechtsgültig abgetreten sei.[23])

22) RGB. 407 Abs. 2.

23) RGB. 409.

Die Regel bedeutet nicht, daß die angebliche Abtretung in jeder Beziehung rechtswirksam sei. Vielmehr kann der Schuldner, wenn er will, die Ungültigkeit der Abtretung geltend machen. Er braucht es aber nicht, selbst wenn er die Ungültigkeit der Abtretung genau gekannt hat, sondern kann nach Gutdünken an den angeblichen neuen Gläubiger erfüllen oder sich von ihm einen Erlaß oder eine Stundung der Forderung erwirken! — Völlig geschützt ist übrigens der Schuldner durch die Regel, so scharf sie ist, doch nicht; denn sie versagt, wenn die Anzeige der Abtretung, welche der Schuldner vom alten Gläubiger erhalten hat oder erhalten zu haben glaubt, gefälscht oder (z. B. wegen Geisteskrankheit des alten Gläubigers) nichtig ist.

V. Für das Rechtsverhältnis zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger stellt das Gesetz nur drei allgemeine Regeln auf: 1. der alte Gläubiger muß dem neuen über die Forderung sachgemäße Auskunft geben; 2. er muß ihm die Beweisurkunden, die er über die Forderung in Händen hat, ausliefern; 3. er muß ihm auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung ausstellen.[24]) Im übrigen kommt dagegen alles darauf an, aus welchem Rechtsgrunde die Abtretung erfolgt ist; denn es liegt auf der Hand, daß die Beziehungen zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger durchaus verschieden sind, wenn jener diesem die Forderung geschenkt, als wenn er sie ihm verkauft hat.

VI. Besondere Regeln gelten für die Übertragung von Forderungen aus Wertpapieren. Davon ist später in der Lehre von den Wertpapieren zu sprechen.

2. Anderweite Übertragung von Forderungen.

§ 115.

1. Der Hauptfall ist die Übertragung der Forderungen kraft Erbrechts. Davon wird im Erbrecht zu handeln sein.

2. a) Ein zweiter Fall ist die Übertragung von Forderungen durch richterliche Verfügung und unmittelbar kraft Gesetzesvorschrift. Auf diese kommen die Regeln von der rechtsgeschäftlichen Abtretung der Forderungen entsprechend zur Anwendung.[1]) Beispielsweise kann der Schuldner an den alten Gläubiger solange mit befreiender Kraft erfüllen, bis er von der Übertragung der Forderung sichere Kenntnis gewinnt; und der neue Gläubiger darf den Schuldner erst dann auf Erfüllung belangen, wenn er ihn von der Abtretung formell in Kenntnis gesetzt. Nur die Bestimmung, daß der Schuldner die übertragene Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber wegen Simulation bloß beschränkt anfechten kann, ist hier nicht anwendbar.

b) Von den einzelnen Fällen, in welchen eine Forderung auf einen neuen Gläubiger kraft Gesetzesvorschrift übertragen wird, sei hier nur der folgende erwähnt: soweit jemand den Gläubiger eines Anderen kraft eigenen Rechts be-

24) RGB. 402. 403.
1) RGB. 412.

friedigt, d. h. dessen Forderung durch Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung oder Aufrechnung tilgt, erwirbt er dessen Forderung von Gesetzeswegen.[2]) Doch darf er die Forderung nicht zum Nachteil des alten Gläubigers geltend machen.

Er darf also, wenn er den alten Gläubiger bloß wegen eines Teiles seiner Forderung befriedigt und also auch nur einen Teil der Forderung erworben hat, wegen dieser Teilforderung gegen den Schuldner nur dann vorgehen, wenn der Schuldner zur Erfüllung der ganzen Forderung imstande ist; denn andernfalls würde er mit seiner Teilforderung der Restforderung des alten Gläubigers nachteilige Konkurrenz machen.

V. Übergang obligatorischer Verpflichtungen auf einen neuen Schuldner.[1])

1. Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden.

§ 116.

So gut wie die Forderungen können auch die obligatorischen Verpflichtungen durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Schuldner übertragen werden, ohne daß sie dabei ihr Wesen ändern. Das ist altdeutsches Recht. Die Römer haben freilich das Gegenteil gelehrt: in eine bereits bestehende Verpflichtung könne ein neuer Schuldner nicht eintreten; wolle jemand die Schuld eines Anderen übernehmen, so könne dies nur dadurch geschehen, daß er eine neue Schuld begründe, welche den gleichen Inhalt habe wie die alte. Indeß hat unser Recht diese römische Lehre niemals rezipiert. — Die Übertragung der Verpflichtungen auf einen neuen Schuldner kann in zweifacher Art vor sich gehen: die erste Art wird als „Schuldübernahme" bezeichnet, während der zweiten Art ein besonderer Name nicht beigelegt ist.

I. Die Schuldübernahme.

1. Sie bedeutet, daß der alte Schuldner vollständig aus seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger entlassen wird und daß an seine Stelle der neue Schuldner in die Verpflichtung eintritt.

2. a) Die Schuldübernahme kann durch einen Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger bewerkstelligt werden[2]); da der Vertrag den alten Schuldner lediglich begünstigt, kommen ihm gegenüber die Regeln von den Verträgen zu Gunsten eines Dritten zur Anwendung; der alte Schuldner braucht also dem Vertrage nicht beizutreten, sondern wird durch dessen Abschluß sofort befreit, ohne daß er es weiß oder will.[3])

2) RGB. 268 Abs. 3 (oben S. 354, 3c). Ein anderes Beispiel unten § 120, 1e.

1) Delbrück, Übernahme fremder Schulden (53); Ders., Ztsch. f. D. Recht 15 S. 125 (55); Bähr, Jahr. f. Dogm. 6 S. 170 (63); Gürgens, ebenda 8 S. 221 (66); Unger, Schuldübernahme (89).

2) RGB. 414. 3) Siehe oben S. 330b.

b) Die Schuldübernahme kann aber auch durch einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner bewerkstelligt werden. Dann ist natürlich keine Rede davon, daß man die Schuldübernahme als einen Vertrag zu Gunsten des Gläubigers auffassen könnte; freilich soll der Gläubiger dadurch einen neuen Schuldner gewinnen; aber er soll zugleich den alten Schuldner verlieren, der vielleicht weit besser ist als der neue. Demgemäß wird der Schuldübernahmevertrag dem Gläubiger gegenüber erst wirksam, wenn dieser ihn genehmigt; und der Gläubiger darf seine Genehmigung den Parteien nicht aufdrängen, sondern muß abwarten, bis entweder der alte oder der neue Schuldner ihn dazu auffordert; bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder ganz aufheben. Für die Genehmigung besteht eine gesetzliche Frist nicht; wohl aber kann der alte wie der neue Schuldner dem Gläubiger willkürlich eine Frist setzen; erklärt sich der Gläubiger binnen dieser Frist nicht, so gilt seine Genehmigung als verweigert.[4]) — Erteilt der Gläubiger seine Genehmigung, so ist der Schuldübernahmevertrag vollwirksam; der alte Schuldner ist also frei, der neue Schuldner tritt ganz an seine Stelle; und zwar hat die Genehmigung rückwirkende Kraft; die Schuldübernahme gilt also als erfolgt nicht erst im Augenblicke der Genehmigung, sondern schon im Augenblicke des Vertragsschlusses zwischen dem alten und dem neuen Schuldner.[5]) Verweigert dagegen der Gläubiger die Genehmigung, so gilt die Schuldübernahme als nicht geschehen; der Übernahmevertrag ist mithin auch im Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Schuldner unverbindlich, mag auch der Gläubiger sich etwa nachträglich zur Genehmigung bereit erklären.

3. Wenn die Schuldübernahme rechtswirksam geworden ist, tritt der neue Schuldner einfach in die Verpflichtungen des alten Schuldners dem Gläubiger gegenüber ein, er haftet in gleicher Art wie der alte Schuldner, nicht milder, aber auch nicht strenger. Demgemäß muß er nicht bloß die Haupt-, sondern auch die Nebenverpflichtungen des alten Schuldners z. B. an Zinsen und Schadensersatz erfüllen, wenigstens soweit als diese Verpflichtungen sich auf die Zeit nach der Schuldübernahme beziehen. Andererseits kann er sich auch auf alle Einwendungen berufen, die dem alten Schuldner zustanden.[6]) Doch erleiden diese Regeln einige Ausnahmen.

a) Konnte der Gläubiger im Konkurse des alten Schuldners ein Vorzugsrecht geltend machen, so steht ihm im Konkurse des neuen Schuldners dies Vorzugsrecht nicht zu.[7]) Das Gleiche muß für Vorzugsrechte des Gläubigers gelten, die sich auf die Zwangsvollstreckung außerhalb des Konkurses beziehen.[8])

b) Mit Gegenforderungen, welche dem alten Schuldner gegen den

---

4) RGB. 415. 5) RGB. 184. Siehe oben S. 234, 5.
6) RGB. 417. 7) RGB. 418 Abs. 2.
8) Siehe RGB. 401 Abs. 1.

Gläubiger zustehen, darf der neue Schuldner nicht aufrechnen: dagegen kann er sich auf eine Aufrechnung, die der alte Schuldner bereits erklärt hat, allerdings berufen. [9])

c) Häufig wird in der Schuldübernahme ein Anerkenntnis der Schuld seitens des neuen Schuldners liegen; dann ist zu prüfen, inwieweit etwa der neue Schuldner damit auf die Einwendungen, welche dem alten Schuldner zustanden, Verzicht geleistet hat.

4. Aus dem Rechtsverhältnis, welches zwischen dem alten und dem neuen Schuldner besteht, kann der neue Schuldner Einwendungen gegen den Gläubiger nicht entnehmen, mag dies Rechtsverhältnis auch dem Schuldübernahmevertrage zu Grunde gelegt sein [10]); insbesondere geht der Zweck, welchen der alte und der neue Schuldner mit der Schuldübernahme verfolgt haben, den Gläubiger nichts an; die Schuldübernahme ist also eine „reine" Zuwendung. [11]) Ist jedoch die Schuldübernahme als solche nichtig oder anfechtbar, so muß auch der Gläubiger dies gegen sich gelten lassen.

Beispiel. A. hat durch Vertrag mit B. dessen Schuld an C. gegen die Zusage einer sofortigen Zahlung von 100 Mk. übernommen; C. hat genehmigt und belangt nun A. als seinen neuen Schuldner; A. kann gegen C. nicht einwenden, daß B. ihm die versprochenen 100 Mk. nicht bezahlt habe. Wohl aber kann er sich darauf berufen, daß B. ihn durch Drohungen zum Abschluß des Vertrages bestimmt und daß er deshalb die Schuldübernahme angefochten habe.

5. Waren Faustpfandrechte oder Bürgschaften für die Forderung bestellt, so gehen sie mit der Schuldübernahme unter; bestand für die Forderung eine Hypothek, so wird sie behandelt, als habe der Gläubiger auf sie verzichtet. [12]) Begreiflich genug; denn für den, welcher für eine fremde Schuld Bürgschaft übernimmt oder Pfandrechte bestellt, ist die Person des Hauptschuldners höchst wesentlich; so muß seine Haftung erlöschen, wenn der Hauptschuldner aus seinen Verpflichtungen entlassen wird und ein anderer Schuldner an Stelle seine tritt. Dem entspricht es, daß die Bürgschaft und das Pfandrecht bestehen bleibt, wenn der Bürge oder der Pfandeigentümer die Schuldübernahme genehmigt haben.

6. a) Von der Schuldübernahme scharf zu unterscheiden ist der Schuldbefreiungsvertrag. Diesen schließt der Schuldner mit einem Dritten dahin ab, daß die geschuldete Leistung statt von dem Schuldner von dem Dritten rechtzeitig bewirkt und dadurch der Schuldner von seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger befreit werden solle. Durch diesen Vertrag wird das Schuldverhältnis dem Gläubiger gegenüber garnicht berührt: weder scheidet der Schuldner aus seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger aus, noch tritt der Dritte in die Verpflichtungen gegen den Gläubiger ein. Vielmehr wirkt der Vertrag durchaus nur zwischen den Vertragsparteien. Der Gläubiger darf also den Dritten auf die von ihm übernommene Leistung nicht belangen und

---

9) RGB. 417 Abs. 1. 10) RGB. 417 Abs. 2.
11) Siehe oben S. 150. 12) RGB. 418 Abs. 1.

kann nichts dagegen einwenden, wenn der Schuldner und der Dritte den Vertrag wieder aufheben; noch weniger ist natürlich daran zu denken, daß der Schuldner, wenn er auf Erfüllung der Verpflichtung belangt wird, den Gläubiger an den Dritten verweisen dürfte.

b) Gerade weil der Schuldbefreiungsvertrag von einem Schuldübernahmevertrage verschieden ist, kann er ergänzend mit einem solchen verbunden werden; das Gesetz nimmt sogar an, daß bei einem zwischen dem alten und dem neuen Schuldner abgeschlossenen Schuldübernahmevertrage ein ergänzender Schuldbefreiungsvertrag sich von selber verstehe, wenn die Parteien nicht das Gegenteil ausgemacht haben.[13]) Dieser stillschweigende Schuldbefreiungsvertrag ist aber natürlich nur wirksam, solange die Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger noch aussteht oder wenn die Genehmigung verweigert wird, d. h. in den Fällen, in welchen die Wirksamkeit der Schuldübernahme noch in der Schwebe oder bereits ausgeschlossen ist. Das will besagen: wenn der Schuldner von seiner Verpflichtung gegen den Gläubiger auch nicht sofort frei wird, wie er es durch den Schuldübernahmevertrag bezweckt, soll der Dritte doch gemäß dem Schuldbefreiungsvertrage durch Befriedigung des Gläubigers wenigstens dafür sorgen, daß der Schuldner unter seiner Verpflichtung nicht zu leiden habe. Sobald dagegen der Gläubiger seine Genehmigung zur Schuldübernahme erteilt hat, ist von dem Schuldbefreiungsvertrage keine Rede mehr; die Schuldbefreiung des alten Schuldners ist ja jetzt erfolgt.

7. Für einen besonders wichtigen Fall der Schuldübernahme, nämlich für die Übernahme hypothekarisch gesicherter Schulden seitens des Erwerbers des Pfandgrundstücks gelten besondere Regeln. Von ihnen wird unten im Hypothekenrecht die Rede sein.[14])

II. Eine zweite Art der Schuldübertragung besteht darin, daß der neue Schuldner wie bei der Schuldübernahme in die Verpflichtungen des alten Schuldners eintritt, daß aber der alte Schuldner deshalb aus seinen Verpflichtungen nicht entlassen wird, sondern neben dem neuen Schuldner haftbar bleibt.

1. Diese Schuldübertragung kann wie die Schuldübernahme durch einen Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger und durch einen Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner bewerkstelligt werden. Nur besteht ein wichtiger Unterschied: in letzterem Falle ist die Genehmigung des Vertrages durch den Gläubiger nicht erforderlich; denn da der alte Schuldner haftbar bleibt, ist diese Art der Schuldübertragung eine reine Begünstigung des Gläubigers; es sind also die Regeln von den Verträgen zu Gunsten eines Dritten anwendbar.[15])

2. Die Rechtsstellung des neuen Schuldners dem Gläubiger gegenüber

---

13) RGB. 415 Abs. 3. 14) RGB. 416.
15) Siehe oben S. 329.

ist die gleiche wie bei der Schuldübernahme, unterliegt also den oben zu I, 3, 4 entwickelten Regeln.

3. Bürgschaften, Pfandrechte und Hypotheken, durch welche die Schuld gesichert war, werden durch diese Art der Schuldübertragung nicht berührt.

4. Daß ein Schuldbefreiungsvertrag mit dieser Art der Schuldübertragung verbunden ist, wird vom Gesetze nicht als selbstverständlich angesehen, sondern ist besonders festzustellen.

2. Anderweiter Übergang von Schulden.

§ 117.

1. Der Hauptfall ist der Übergang der Schulden kraft Erbrechts. Davon wird im Erbrecht zu handeln sein.

2. Ein zweiter Fall liegt vor, wenn jemand das Vermögen eines Anderen durch Vertrag erwirbt.

a) Hier kann der Erwerber die Schulden des Vorbesitzers vertragsmäßig mit übernehmen, so daß er nicht bloß in das Aktiv-, sondern auch in das Passivvermögen des Vorbesitzers eintritt. Dann kommen die Regeln des vorigen Paragraphen zur Anwendung.

b) Der Erwerber soll aber nach einer im bisherigen Recht [1]) nur unsicher durchgeführten, nun aber vom Reichsgesetzbuch bestimmt und allgemein anerkannten Regel in die Schulden des Vorbesitzers auch dann eintreten, wenn er dies vertragsmäßig nicht vereinbart, ja sogar dann, wenn er es vertragsmäßig ausgeschlossen hat. [2]) Der Eintritt geschieht von Gesetzeswegen, sobald der Erwerbsvertrag abgeschlossen ist, und gilt für alle Verpflichtungen, welche zur Zeit des Vertragsschlusses gegen den Vorbesitzer begründet waren, mögen sie auch erst später fällig geworden sein. Ob der Erwerber sie gekannt hat, ist gleichgültig. Doch beschränkt sich die Haftung des Erwerbers auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche gegen den Vorbesitzer, in ähnlicher Art, wie die Haftung des Erben für die Nachlaßschulden auf den Bestand des Nachlasses beschränkt ist. Selbstverständlich ist, daß der Vorbesitzer für alle seine Verpflichtungen neben dem Erwerber haftbar bleibt.

3. Andere Fälle eines gesetzlichen Eintritts in fremde Schulden werden später zu erwähnen sein, soweit sie nicht dem Handelsrecht angehören.

---

1) Siehe Dernburg, preuß. Privatr. 2 § 65.

2) RGB. 419.

VI. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.[1]

1. Teilgläubigerschaft und Teilverpflichtung.

§ 118.

1. Eine Teilgläubigerschaft liegt vor, wenn eine mehreren Gläubigern zustehende Forderung, die ihrer äußeren Gestalt nach ein einheitliches Recht darstellt, unter Wahrung dieser ihrer formalen Einheit materiell in so viel Teilforderungen zerlegt wird, als Gläubiger da sind. Entsprechend liegt eine Teilverpflichtung vor, wenn eine gegen mehrere Schuldner gerichtete Forderung, die ihrer äußeren Gestalt nach ein einheitliches Recht darstellt, unter Wahrung ihrer formalen Einheit materiell in soviel Teilforderungen zerlegt wird, als Schuldner vorhanden sind. Die Teilgläubigerschaft und Teilverpflichtung bedeutet, daß jeder Gläubiger nur einen Teil der insgesamt geschuldeten Leistung einfordern darf, jeder Schuldner nur einen Teil der insgesamt geschuldeten Leistung zu bewirken braucht.

2. Daß eine formell einheitliche Forderung in Teilforderungen zerlegt wird, setzt voraus, daß die Forderung an sich teilbar ist, d. h. auf eine teilbare Leistung, z. B. eine Geldzahlung geht.[2]) Bei solchen teilbaren Forderungen ist aber, wenn sie mehreren Gläubigern zustehen oder gegen eine Mehrheit von Schuldnern gerichtet sind, die Zerlegung in Teilforderungen nicht bloß zulässig, sondern bildet sogar die Regel, d. h. die Zerlegung findet überall statt, wo nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ausnahmsweise vorgeschrieben ist, daß die Forderung ungeteilt bleiben soll. Insoweit stimmt das deutsche mit dem römischen[3]), das alte mit dem neuen Recht überein.[4]) Doch will diese Übereinstimmung nicht viel besagen. Denn die Teilberechtigung und Teilverpflichtung ist unseren Gesetzen eben nur als „Regel" gemeinsam; dagegen verfahren die Gesetze in der Art, wie sie die gemeinsame Regel durch Ausnahmen durchbrechen, äußerst verschieden: das römisch-gemeine Recht z. B. kennt nur eine mäßige Zahl von Ausnahmen, während das Reichsgesetzbuch die Ausnahmen derart häuft, daß sie zusammen praktisch weit wichtiger sind als die Regel.[5])

3. a) Wenn eine formell einheitliche Forderung materiell in Teilforderungen zerlegt wird, verliert ihre formale Einheit doch nicht alle rechtliche Bedeutung.

---

1) Ribbentrop, z. Lehre v. d. Korrealobligationen (31); Fitting, Natur der Korrealobligationen (59); Baron, Gesamtrechtsverhältnisse (64); Brinz, Z. Lehre v. d. Korrealobligationen (73); Unger, Jahrb. f. Dogm. 22 S. 207, 23 S. 106 (84/85); Hölder, Arch. f. civ. Pr. 69 S. 203 (85); Eisele, ebenda 77 S. 374 (91); Mitteis, Grünhuts Ztsch. 14 S. 419 (87).

2) Siehe oben S. 298.

3) Heusler 2 S. 258. — Windscheid 2 § 292.

4) c. c. 1202; sächs. Gb. 663; RGB. 420. — Auch das preußische Recht weicht nicht ab.

5) Siehe unten § 119, 120.

Vielmehr werden z. B. in einem Prozeß um die Forderung alle Gläubiger und alle Schuldner, soweit sie an dem Prozesse teilnehmen, als Streitgenossen angesehen.[6]) Wenn ferner bei einem gegenseitigen Vertrage eine der Leistungen an mehrere Teilgläubiger zu bewirken ist, so kann die Leistung gegenüber sämtlichen Teilgläubigern verweigert werden, wenn auch nur einer von ihnen mit dem ihm obliegenden Teile der Gegenleistung im Rückstande ist.[7])

b) Im übrigen sind dagegen die Teilforderungen völlig selbständiger Art. Jeder Teilgläubiger kann also seine Forderung allein geltend machen, ohne daß den anderen Gläubigern irgend ein hemmender oder fördernder Einfluß darauf zustände; hervorzuheben ist, daß, wenn ein Teilgläubiger die Annahme der ihm angebotenen Teilleistung ablehnt, nur er in Annahmeverzug kommt, nicht auch die Mitgläubiger, ferner, daß jeder Teilgläubiger dem Schuldner die Aufrechnung mit solchen Gegenforderungen gestatten muß, die dem Schuldner gerade gegen ihn zustehen u. s. w. Ebenso braucht jeder Teilschuldner nur um die ihm selber obliegende Teilleistung besorgt zu sein, während es gleichgültig für ihn ist, ob auch die anderen Schuldner ihren Anteil an der Leistung bewirken[8]); insbesondere ist — vorbehaltlich von Ausnahmefällen — keine Rede davon, daß, wenn einer der Schuldner zu seiner Teilleistung außer stande ist, die anderen Schuldner etwa ergänzend für seinen Anteil aufkommen müßten.[9])

4. Die Anteile der einzelnen Gläubiger und Schuldner sind im Zweifel gleich groß.[10])

2. Ungeteilte Mitberechtigung und Mitverpflichtung.

a) Ungeteilte Mitberechtigung.

§ 119.

Die ungeteilte Mitberechtigung bedeutet, daß eine Forderung mehreren Gläubigern ganz, — also ohne in Teilforderungen zu Gunsten jedes der Gläubiger zerlegt zu werden — zusteht. Sie kann in den drei Gestalten vorkommen, welche im allgemeinen Teile dieses Werkes als Formen der Mitberechtigung geschildert sind, nämlich als volle Mitberechtigung — nach dem Sprachgebrauch des Reichsgesetzbuchs muß hierfür der Ausdruck „Gesamtgläubigerschaft" oder Gesamtforderung eingesetzt werden — als schlichte Mitberechtigung, als Mitberechtigung zur gesamten Hand.[1])

1. Die Gesamtgläubigerschaft bedeutet, daß jeder einzelne Gesamtgläubiger ohne Rücksicht auf die Mitgläubiger die volle geschuldete Leistung in seinem alleinigen Namen und zu seinen alleinigen Händen einfordern darf.

6) ZPO. 56. 7) RGB. 320 Abs. 1 Satz 2.
8) Siehe freilich die vorige Anm.
9) Siehe z. B. unten § 120[13]. 10) RGB. 420.
1) Siehe oben § 38.

a) Die Gesamtgläubigerschaft ist ein ziemlich künstliches Gebilde. Sie kommt niemals kraft Gesetzesvorschrift vor[2]); und auch rechtsgeschäftlich wird sie bei uns nicht gerade häufig eingeführt, während die Römer eine Vorliebe für sie (die sog. aktive Korrealität) gehabt zu haben scheinen.

Beispiel. Mehrere Geschwister geben ein Darlehn gegen Hypothek und bedingen sich aus, daß jedes der Geschwister zur Kündigung und Einziehung des Darlehns berechtigt sein soll. — Weit häufiger sind Abmachungen anderer Art, z. B. daß der Schuldner, wenn er will, befugt sein soll, an jeden seiner Gläubiger ohne Zuziehung der anderen zu zahlen, oder daß ein einzelner bestimmter Gläubiger die Vollmacht empfängt, namens aller Gläubiger die ganze Forderung geltend zu machen. Solche Abmachungen begründen eine Gesamtgläubigerschaft nicht.

b) Dadurch, daß ein Gesamtgläubiger von seiner Befugnis Gebrauch macht, die ganze geschuldete Leistung einzufordern, schließt er die übrigen Gläubiger von der Ausübung ihrer gleichartigen Befugnis noch nicht aus; ja selbst dadurch, daß ein Gläubiger die Leistung einklagt oder eine Pfändung oder einen Arrest gegen den Schuldner erwirkt, gewinnt er keinen endgültigen Vorsprung vor seinen Genossen. Im Gegenteil kann der Schuldner nach Gutdünken sogar einen der geduldigeren Genossen bevorzugen, indem er die Erfüllung einem von ihnen freiwillig anbietet.[3])

c) Wohl aber erlöschen die Ansprüche sämtlicher Gläubiger, wenn auch nur einer von ihnen befriedigt wird, sei es nun kraft freien Willens des Schuldners, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung; denn obschon jeder der Gläubiger die geschuldete Leistung fordern kann, soll der Schuldner sie schließlich doch nur einmal leisten. — Als Befriedigung des Gläubigers gilt nicht bloß die eigentliche Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Pflicht, sondern auch die Leistung an Erfüllungsstatt und die Hinterlegung. Ebenso die Aufrechnung[4]); wenn also dem Schuldner gegen einen der Gläubiger eine Gegenforderung zusteht, so kann er sie nicht bloß auf den diesem Gläubiger gebührenden Anteil an der Gesamtforderung, sondern auf die ganze Gesamtforderung aufrechnen; selbstverständlich muß er aber diese Aufrechnung gerade dem Gläubiger erklären, der zugleich sein Schuldner ist. — Außerdem wird der Befriedigung gleichgestellt: 1. der Erlaß, welchen einer der Gesamtgläubiger mit dem Schuldner vereinbart, vorausgesetzt, daß der Gläubiger dem Schuldner wirklich seine ganze Verpflichtung erlassen und nicht bloß auf seine eignen persönlichen Ansprüche verzichten will; 2. der Umstand, daß Forderung und Schuld sich in der Person eines Gesamtgläubigers vereinigen.[5])

d) Hiernach hat der einzelne Gesamtgläubiger, anders wie ein bloßer Teilgläubiger, auf die Ansprüche der Mitgläubiger den allergrößten Einfluß. Doch

2) Ausnahme HGB. 269 Abs. 2. Doch wird auch diese Ausnahme bei der Revision des HGB.s fallen. 3) RGB. 428.
4) RGB. 429 Abs. 3, 422.
5) RGB. 429 Abs. 3; 423. — RGB. 429 Abs. 2.

ist dieser Einfluß mit den zu c festgestellten Regeln erschöpfend bestimmt. Darüber hinaus ist jeder Gesamtgläubiger von dem anderen unabhängig. Insbesondere kann jeder Gesamtgläubiger zwar den Schuldner durch Mahnung in Verzug versetzen, durch Kündigung die Schuld fällig machen, durch Klagerhebung oder Erwirkung eines Anerkenntnisses die Verjährung unterbrechen; es kann ihm gegenüber ein rechtskräftiges Urteil ergehen, welches die Forderung feststellt oder ihr Bestehen verneint; dadurch, daß er es versäumt, einen vom Schuldner angerichteten Schaden zu verhüten, kann die Ersatzpflicht des Schuldners verkürzt oder ganz ausgeschlossen werden u. s. w. Aber die übrigen Gläubiger werden hierdurch nicht berührt, weder zu ihrem Vorteil noch zu ihrem Nachteil; ihnen gegenüber kommt der Schuldner nicht in Verzug, wird die Schuld nicht fällig, läuft die Verjährung fort, bleibt das Urteil wirkungslos, wird die Ersatzpflicht des Schuldners weder verkürzt noch aufgehoben.[6]) Nur in einer Beziehung müssen unter dem Fehler, den einer der Gläubiger macht, alle seine Genossen leiden: sie alle gelten als säumig, wenn auch nur einer von ihnen in Annahmeverzug gerät.[7])

e) Im Zweifel kann jeder Gesamtgläubiger sein Gläubigerrecht an eine andere Person abtreten; diese rückt dann einfach in seine Stelle ein und hat kein schlechteres, aber auch kein besseres Recht als er.[8])

f) Im Verhältnis unter einander sind, soweit nicht rechtsgeschäftlich ein anderes bestimmt ist, alle Gläubiger zu gleichen Anteilen berechtigt.[9]) Ein Gläubiger, der die volle Leistung vom Schuldner bekommen, muß also jedem Mitgläubiger einen Teil des Empfangenen oder seines Werts herausgeben; hat er dem Schuldner seine ganze Verbindlichkeit erlassen, so ist er den Mitgläubigern ersatzpflichtig.

2. Die schlichte Mitgläubigerschaft bedeutet, daß jeder Mitgläubiger die volle geschuldete Leistung zu fordern befugt ist, jedoch nur unbeschadet der gleichen Berechtigung der übrigen Gläubiger.

a) Diese Art der Mitgläubigerschaft greift im Zweifel bei allen Forderungen Platz, welche auf eine unteilbare Leistung gehen[10]); doch geht sie nur gerade soweit, wie die Unteilbarkeit der Leistung; treten also einem unteilbaren Hauptanspruch teilbare Nebenansprüche (z. B. auf eine Vertragsstrafe) zur Seite oder wird eine unteilbare Forderung nachträglich durch Änderung ihres Gegenstandes (z. B. durch Verwandlung in einen Schadensersatzanspruch) teilbar, so wird die Forderung alsbald in Teilforderungen zerlegt. — Bei teilbaren Forderungen kommt eine schlichte Mitgläubigerschaft nur vor, wenn sie rechtsgeschäftlich besonders vereinbart ist.

b) Der einzelne Mitgläubiger ist in der Ausübung der Forderung nur

---

6) RGB. 429 Abs. 3, 425.

7) RGB. 429 Abs. 1. 8) RGB. 429 Abs. 3.

9) RGB. 430. 10) RGB. 432.

soweit beschränkt, als es die Rücksichtnahme auf die Rechte der übrigen Gläubiger mit sich bringt. Daraus ergiebt sich, daß er für sich allein den Schuldner mahnen, auf Feststellung der Forderung klagen und Sicherungsmaßregeln beantragen kann, weil er damit den übrigen Gläubigern nicht vorgreift. Dagegen steht ihm ein Kündigungsrecht nicht zu, wie auch der Schuldner an einen einzelnen Gläubiger allein nicht kündigen kann. Ebensowenig darf er fordern, daß der Schuldner an ihn allein erfüllt; vielmehr kann er nur verlangen, daß der Schuldner an alle Gläubiger zusammen erfüllt oder, wenn es sich um die Leistung von Sachen handelt, daß er hinterlegungsfähige Sachen hinterlegt, andere Sachen aber an einen gerichtlich zu bestellenden Verwalter herausgiebt.[11]) Die gleiche Beschränkung gilt, wenn ein einzelner Gläubiger auf Erfüllung klagt. Dem entspricht es, daß auch der Schuldner nur an alle Gläubiger zusammen zu erfüllen befugt ist, und wenn er an einen allein erfüllt, den übrigen Gläubigern haftbar bleibt.[12]) — Eine Leistung an Erfüllungsstatt befreit den Schuldner nur, wenn sie von allen Gläubigern genehmigt, ein Erlaß nur, wenn er von allen Gläubigern ausgesprochen wird; auch eine Aufrechnung wirkt bloß dann befreiend, wenn der aufzurechnende Gegenanspruch gegen sämtliche Gläubiger zugleich gerichtet ist; dagegen kann der Schuldner einen ihm gegen einen einzigen der Gläubiger zustehenden Gegenanspruch weder auf die ganze Forderung (wie bei der Gesamtgläubigerschaft) noch auf einen Teil der Forderung (wie bei der Teilgläubigerschaft), sondern garnicht aufrechnen. Endlich hebt eine Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Mitgläubigers die Forderung der anderen Mitgläubiger nicht auf.[13])

c) Hiernach ist der Einfluß, den der einzelne Mitgläubiger auf die Ansprüche der anderen Gläubiger ausüben kann, sehr gering. Er besteht nur darin, daß alle Gläubiger es anerkennen müssen, wenn der Schuldner auch nur auf Verlangen eines Gläubigers die geschuldete Sache hinterlegt oder an einen Verwalter herausgiebt, und darin, daß, wenn auch nur ein Gläubiger die Annahme verweigert, alle Gläubiger in Annahmeverzug geraten.[14]) Im Übrigen sind die Gläubiger unabhängig von einander. Insbesondere wirkt ein Urteil, welches auf die Klage eines einzelnen Gläubigers ergeht, nicht für oder gegen die anderen Gläubiger; wenn ein Gläubiger den Schuldner auf Erfüllung zu Händen aller Gläubiger mahnt, gerät der Schuldner nur ihm gegenüber in Verzug und ist also auch nur ihm schadensersatzpflichtig[15]) u. s. w.

d) Jeder Mitgläubiger kann seine Mitberechtigung an eine andere Person abtreten.

e) Im Verhältnis untereinander sind die Gläubiger im Zweifel zu gleichen Anteilen berechtigt.

---

11) RGB. 432. 12) RGB. 432.

13) RGB. 432 Abs. 2.

14) Letzterer ist im RGB. übrigens nicht ausdrücklich bestimmt.

15) RGB. 432 Abs. 2.

3. Die Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand bedeutet, daß kein Gläubiger die geschuldete Leistung für sich allein einfordern darf.

a) Diese Form der Mitgläubigerschaft greift von Gesetzes wegen Platz bei allen Forderungen, welche bei einer vertragsmäßigen Gesellschaft die Gesellschafter gegen dritte Personen erwerben und bei den zu einem Nachlaß gehörigen Forderungen. Außerdem kann sie rechtsgeschäftlich vereinbart werden.

b) Die Mitgläubigerschaft zur gesamten Hand unterscheidet sich von der Teil- und der Gesamtgläubigerschaft so scharf wie möglich. Näher steht sie der schlichten Mitgläubigerschaft; doch besteht der doppelte Unterschied, daß der einzelne Gesamthandsgläubiger die gemeinsame Forderung garnicht geltend machen, also nicht einmal die Erfüllung zu Händen sämtlicher Gläubiger oder die Hinterlegung der geschuldeten Sache fordern darf [16]), und daß der einzelne Gesamthänder seinen Anteil an der Forderung nicht an dritte Personen abtreten darf.

b) Ungeteilte Mitverpflichtung.

§ 120.

Die ungeteilte Mitverpflichtung bedeutet, daß eine Verbindlichkeit mehreren Schuldnern ganz — also ohne in Teilverpflichtungen zu Lasten jedes der Schuldner zerlegt zu werden — obliegt. Sie kommt in zwei Hauptformen vor, als Gesamtschuld und als Schuld zur gesamten Hand.

1. Die Gesamtschuld bedeutet, daß jeder Mitschuldner die geschuldete Leistung für sich allein ganz zu leisten hat, so jedoch, daß alle Schuldner die Leistung nur einmal zu bewirken haben. Im gemeinen Recht wurden nach römischem Vorbilde zwei Unterarten der Gesamtschuld unterschieden: die einfache Solidar- und die Korrealobligation; doch war der Sinn der Unterscheidung bestritten; die neueren Gesetzbücher haben die Unterscheidung fallen gelassen.

a) Darin stimmt deutsches und römisches, altes und neues Recht überein, daß eine Gesamtschuld von Gesetzeswegen bei den Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung Platz greift. [1]) — Dagegen weichen die verschiedenen Rechte in der Beantwortung der Frage ab, ob ein gesetzliches Gesamtschuldverhältnis auch bei rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen gelten solle. [2]) Aus dem alten Recht läßt sich eine deutliche Antwort auf die Frage überhaupt nicht gewinnen; das römische Recht und ihm folgend das gemeine, französische und sächsische Recht haben die Frage mit wenig Ausnahmen verneint [3]); umgekehrt hat das preußische Recht und das Handelsgesetzbuch die Frage für alle Verbindlichkeiten

16) Ausnahme bei Nachlaßforderungen RGB. 2039.

1) Heusler 2 S. 258. — Windscheid § 298 [15]. — Pr. LR. I, 6 § 29; sächs. Gb. 1495; RGB. 840. 2) Siehe Heusler 2 S. 260.

3) L. 11 § 1, 2 D. 45, 2; c. c. 1202, sächs. Gb. 663, 1021.

bejaht, welche mehrere Schuldner durch gemeinsamen Vertrag übernehmen.[4]) Das Reichsgesetzbuch schließt sich den zuletzt genannten Gesetzbüchern an.[5]) — Sodann soll nach dem Reichsgesetzbuch eine Gesamtschuld von Gesetzes wegen auch bei Verbindlichkeiten, die weder auf unerlaubter Handlung noch auf Rechtsgeschäft beruhen, gelten, wenn sie auf eine unteilbare Leistung gehen, sowie bei Nachlaßschulden nach erfolgter Nachlaßteilung.[6]) Endlich kann eine Gesamtschuld auch durch besondere rechtsgeschäftliche Bestimmung begründet werden; thatsächlich ist das freilich fortab wenig wichtig, da ja das Reichsgesetzbuch die Gesamtschuld bereits in solchem Umfang eingeführt hat, daß darüber hinaus für die rechtsgeschäftliche Begründung einer Gesamtschuld kaum mehr ein Anlaß vorhanden sein wird.

b) Da bei einer Gesamtschuld jeder der Schuldner die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, kann der Gläubiger sich wegen seiner Forderung nach Gutdünken an einen beliebigen von ihnen halten, ohne daß dem also ausgewählten Schuldner das Recht zustände, den Gläubiger ganz oder teilweise an die anderen Schuldner zu verweisen.[7]) Doch kann der Gläubiger, wenn er will, auch sämtliche Schuldner gemeinsam belangen. Man sagt demgemäß: die Schuldner haften „samt und sonders" („solidarisch").

c) Die Gesamtschuldner brauchen die geschuldete Leistung zusammen nur einmal zu bewirken. Demgemäß hat jeder von ihnen auf die Verpflichtung der anderen den allergrößten Einfluß: indem er seine eigne Verpflichtung erfüllt, befreit er nicht bloß sich selber, sondern auch alle Mitschuldner. — Der Erfüllung ist, wie bei der Gesamtgläubigerschaft, die Leistung an Erfüllungsstatt und die Hinterlegung gleichgestellt.[8]) Ebenso die Aufrechnung; doch darf jeder Schuldner nur solche Gegenansprüche zur Aufrechnung bringen, welche ihm selber, nicht auch die, welche einem Mitschuldner zustehen.[9]) Wenn ferner ein Gläubiger mit einem Schuldner vereinbart, daß die ganze Gesamtschuld erlassen sein solle, so gilt dies gleichfalls zu Gunsten sämtlicher Mitschuldner.[10]) — Damit in Zusammenhang steht die Regel, daß, wenn ein Schuldner den Gläubiger in Annahmeverzug versetzt, der Gläubiger auch gegenüber den Mitschuldnern als säumig gilt.[11])

d) Mit diesen Regeln ist aber der Einfluß, welchen ein Gesamtschuldner auf die Rechte und die Verpflichtungen der Mitschuldner ausübt, erschöpfend bestimmt. Darüber hinaus steht ihm ein Einfluß auf die Mitschuldner nicht zu. Wenn also ein Schuldner in Erfüllungsverzug gerät, so zieht das den Erfüllungsverzug der anderen Mitschuldner nicht nach sich. Wenn ein Schuldner

4) Pr. LR. I, 5 § 424; HGB. 280.
5) RGB. 427. 6) RGB. 431, 2058—2060.
7) Über das gemeinrechtliche von den neueren Gesetzen durchweg beseitigte beneficium divisionis siehe Dernburg 2 § 73[3].
8) RGB. 422 Abs. 1. 9) RGB. 422 Abs. 2.
10) RGB. 423. 11) RGB. 424.

kündigt oder wenn ihm vom Gläubiger gekündigt wird, so wird nur seine eigne Verpflichtung fällig; die der anderen bleibt befristet. Wenn im Prozeß mit einem Schuldner ein Urteil ergeht, so wirkt das weder für noch gegen die anderen Schuldner u. s. w. Sonach ist der gegenseitige Einfluß der Gesamtschuldner gesetzlich ganz ebenso bestimmt, wie der gegenseitige Einfluß der Gesamtgläubiger; nur in einer Beziehung sind die Gesamtschuldner zu ihrem Nachteil sogar noch unabhängiger von einander als die Gesamtgläubiger: wenn in der Person eines Gesamtschuldners Forderung und Schuld zusammentrifft, so erlischt nur die Verbindlichkeit dieses einzelnen Schuldners; die anderen Schuldner bleiben dagegen verhaftet.[12])

e) Daß jeder Gesamtschuldner für sich allein die ganze Schuld zu tragen hat, gilt nur im Verhältnis zum Gläubiger. Dagegen sind im Verhältnis untereinander die Gesamtschuldner nur zu einem Anteil und zwar im Zweifel jeder zu einem gleichen Anteil verhaftet. Demgemäß kann ein Schuldner, der die Gesamtschuld ganz oder teilweise erfüllt hat, von den übrigen Schuldnern eine anteilige Erstattung der von ihm bewirkten Leistung fordern; ist einer der Mitschuldner zur Erstattung seines Anteils nicht im stande, so ist der Ausfall von sämtlichen Mitschuldnern nach Verhältnis zu tragen.[13]) — Den Erstattungsanspruch kann der Mitschuldner aus eignem Recht, auf Grundlage der zwischen ihm und den anderen Mitschuldnern bestehenden Gemeinschaft, erheben. Er kann die Erstattung aber auch aus einem von der Person des durch ihn befriedigten Gläubigers abgeleiteten Rechte fordern: denn, soweit er den Gläubiger befriedigt hat und von den Mitschuldnern Erstattung zu fordern berechtigt ist, geht die Forderung des Gläubigers von Gesetzeswegen auf ihn über.[14]) Dadurch wird der Umfang des dem Schuldner zustehenden Erstattungsanspruchs nicht vergrößert. Der Schuldner kann insbesondere die Mitschuldner nicht als Gesamtschuldner, sondern nur als Teilschuldner haftbar machen. Aber unter Umständen wird der Erstattungsanspruch durch seine Ableitung aus dem Gläubigerrecht s i ch e r e r gemacht. Haben z. B. die Mitschuldner dem Gläubiger eine Hypothek bestellt, so kommt die Hypothek auch dem gegenseitigen Erstattungsanspruche der Schuldner zu gut. Übrigens darf ein Gesamtschuldner die auf ihn übergegangene Forderung des Gläubigers nicht zu des Gläubigers Nachteil gebrauchen.[15])

2. D i e S ch u l d z u g e s a m t e r H a n d bedeutet, daß die geschuldete Leistung nur von allen Schuldnern zusammen bewirkt zu werden braucht; der Gläubiger kann hier nur alle Schuldner gemeinsam mahnen oder verklagen, kann ihnen nur zusammen kündigen, wie auch nur die Schuldner zusammen ihm kündigen können u. s. w. Im älteren Recht ist diese Art der Haftung nicht selten gewesen; das preußische Recht ließ sie bei unteilbaren Verpflichtungen nicht rechtsgeschäftlicher Art eintreten; das Reichsgesetzbuch ordnet dagegen die

---

12) RGB. 425. 13) RGB. 426 Abs. 1.
14) RGB. 426 Abs. 2. 15) Siehe oben S. 374 Abs. 2.

Haftung zur gesamten Hand nur da an, wo die Mitschuldner mit einem bestimmten Sondervermögen haften, also namentlich für die Gesellschafter, soweit sie mit dem Gesellschaftsvermögen, und für die Miterben, soweit sie mit dem Nachlaß haften und den Nachlaß noch nicht geteilt haben.[16])

Zusatz zu § 80—120.

I. Örtliche Geltung der Rechtssätze.[1])

1. Bei rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen ist — wenigstens im Zweifel — das Recht des Gebietes maßgebend, in welchem die Verpflichtungen nach der eignen Absicht der Parteien zu erfüllen sind: denn an diesem rechtsgeschäftlichen Erfüllungsort hat das obligatorische Rechtsverhältnis seinen Schwerpunkt. Dagegen darf, wenn die Parteien das Erfüllungsgebiet weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt haben, nicht etwa das Recht des gesetzlichen Erfüllungsortes für maßgebend erklärt werden; denn nach welchem Rechte soll dieser gesetzliche Erfüllungsort bestimmt werden? Vielmehr fehlt es für diesen Fall an einer allgemeinen Regel ganz; nur im Einzelfall läßt sich sagen, daß das Rechtsverhältnis seinen Schwerpunkt im Heimatsstaate des Schuldners oder an seinem Wohnsitz oder an dem Orte, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist, oder sonstwo habe. Daneben kommen übrigens noch die bereits früher im allgemeinen Teile entwickelten Regeln zur Anwendung, z. B. was die Form der obligatorischen Rechtsgeschäfte, die Geschäftsfähigkeit der Parteien, die Behandlung unsittlicher Verträge betrifft.[2])

2. Über nicht rechtsgeschäftliche Verpflichtungen siehe die späteren Zusätze.

II. Zeitliche Geltung der Rechtssätze. Auf jede Verbindlichkeit kommt regelmäßig das Recht zur Anwendung, welches zur Zeit ihrer Begründung gegolten hat (EG. 170). So ist selbst dann, wenn zwecks Aufhebung einer alten Verpflichtung ein neues Rechtsgeschäft (z. B. ein Erlaßvertrag, eine Angabe an Erfüllungsstatt) eingegangen wird, die Wirkung dieses Geschäfts auf jene Verpflichtung nach altem Rechte zu beurteilen; die positiven Wirkungen eines auf ein altes Rechtsgeschäft bezüglichen neuen Rechtsgeschäfts (z. B. die Wirkung einer Schuldübernahme, einer Abtretung) folgen dagegen dem neuen Recht.

---

16) RGB. 2059.

1) Siehe Dernburg 1 § 48.

2) Siehe oben § 12.

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Arten der Forderungsrechte.

I. Der Kauf.[1])

1. Begriff. Abschluß des Kaufvertrages.

§ 121.

I. Der Kauf geht auf den Umsatz von Gütern gegen Geld: die eine Partei, der Verkäufer, übernimmt die Verpflichtung, irgend ein wirtschaftliches Gut von dem alten auf einen neuen Inhaber zu übertragen, während die Gegenpartei, der Käufer, die Zahlung eines Geldäquivalents verspricht. — Die Abgrenzung des Kaufs gegen andere Vertragsarten, namentlich den Tausch, den Werkvertrag, die Pacht, das Spiel, ist nicht immer leicht; sie soll erst bei der Darstellung dieser anderen Vertragsarten näher erörtert werden.

II. Gegenstand des Kaufs kann jedes wirtschaftliche Gut sein, dessen Übertragung auf den Käufer möglich ist.

1. Die wichtigsten Kaufgegenstände sind die Sachen und zwar sowohl individuell bezeichnete wie nur der Gattung nach bestimmte Sachen. Daneben kommen auch unkörperliche Güter als Kaufgegenstand vor, vor allem Rechte, z. B. der Nießbrauch an einem Grundstück, eine Forderung samt dem dazu gehörigen Faustpfandrecht, ein Urheberrecht, aber auch Nichtrechte[2]), z. B. die Praxis eines Arztes, eine nicht patentierte Erfindung, ein Geschäftsgeheimnis.

1) Treitschke, Kaufkontrakt, 2. Aufl. (66); Bechmann, Kauf, 2 Bde. noch unvollendet (76, 84); Gareis in Endemann's Handb. d. Handelsrechts 2 S. 540 (82).

2) Abw. Bechmann 2 S. 141. Siehe Endemann § 163, 3.

Auch ein ganzer Güterinbegriff als Einheit kann Gegenstand eines Kaufs sein, z. B. eine Bibliothek, ein Gasthaus samt Inventar, eine Erbschaft. [3])

Daß man den Kauf von „Sachen" und den von „Rechten" in Gegensatz bringt, ist ziemlich willkürlich; denn der sog. Sachkauf geht nicht bloß auf die Übertragung der „Sache" selbst, sondern auch auf Übertragung des Eigentums, also eines Rechtes an der Sache; umgekehrt geht der Kauf eines „Rechts" an der Sache z. B. des Nießbrauchs, u. U. auch auf die Übertragung der Sache selbst. Doch empfiehlt es sich schon mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuches, die Ausdrücke „Kauf von Sachen", „Kauf von Rechten" beizubehalten.

Auch Geld kann Gegenstand des Kaufes sein [4]), namentlich ausländisches Geld, seltene Thalerstücke. Dagegen ist der gewöhnliche Geldwechselvertrag, mag er nun inländisches oder ausländisches Geld betreffen, nicht Kauf, sondern Tausch; denn es läßt sich hier (von Einzelfällen abgesehen) garnicht feststellen, welche der beiden Geldsorten die Ware, welche den Kaufpreis darstellen soll, welche der Parteien Verkäufer, welche Käufer ist. [5])

Über den Kauf von Wertpapieren siehe unten im 2. Bande.

2. a) Wird der Kauf über einen Gegenstand geschlossen, den die Parteien als zur Zeit vorhanden annehmen, so ist, wenn der Gegenstand im Augenblick des Geschäftsabschlusses thatsächlich nicht vorhanden ist, der Kauf nichtig; denn er ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Es braucht also der Verkäufer weder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten, noch ist er, wenn der Gegenstand nachträglich entsteht, zur Nachlieferung verpflichtet; ebensowenig braucht der Käufer den Kaufpreis zu zahlen. Höchstens kann eine der Parteien zur Leistung des negativen Vertragsinteresses verbunden sein. [6])

Ist die Sache nur teilweise nicht vorhanden, z. B. auf dem verkauften Hausgrundstücke das Haus vor dem Kaufabschluß abgebrannt, so ist der ganze Kauf nichtig. Anders nur, wenn im Einzelfall anzunehmen ist, die Parteien würden den Kauf auch über den noch vorhandenen Teil für sich allein abgeschlossen haben [7]); es ist z. B. auf dem Hausgrundstück nur eine Gartenlaube abgebrannt.

b) Eine Ausnahme gilt beim Verkauf von Rechten: hier ist der Verkäufer verpflichtet, für den Bestand des verkauften Rechtes einzustehen; [8]) der Kaufvertrag ist also auch dann vollgültig, wenn das Recht thatsächlich nicht vorhanden ist.

Durch besondere Vertragsklausel kann eine ähnliche Gewährschaft natürlich auch bei andern Arten des Kaufs, insbesondere beim Sachkauf, übernommen werden. — Die gesetzliche Gewährschaft des Verkäufers beim Kauf von Rechten fällt fort, wenn die Entstehung des verkauften Rechts objektiv unmöglich ist: jemand hat z. B. sein Urheberrecht an dem Baustile einer von ihm erbauten Villa oder seinen Nießbrauch an einem in Wirklichkeit gar nicht existierenden Grundstücke verkauft.

3. a) Sehr oft wird ein Kauf über Güter abgeschlossen, die nach Annahme der Parteien zur Zeit des Kaufs noch nicht vorhanden sind (zukünftige Güter). Ein derartiger Kauf ist selbstverständlich gültig. Er kann

3) Über den Erbschaftskauf s. unten im Erbrecht.

4) Abw. Bechmann S. 154[1]. 5) Rießer, Jahrb. f. Dogm. 20 S. 201. Vgl. Flesch ebenda 19 S. 309. 6) BGB. 306 flg. Siehe oben S. 332[7].

7) BGB. 139. Anders das römische und auch das preußische Recht, Dernb. Pr. Pr. 2 § 134[18, 19]. 8) BGB. 437.

einen sehr verschiedenen Sinn haben: der Verkäufer kann entweder die unbedingte Gewähr für die Entstehung des verkauften Guts übernehmen; oder er kann versprechen, daß er sich um die Entstehung des Gutes wenigstens nach Kräften bemühen werde; oder er kann die Entstehung des Guts lediglich dem Zufall überlassen.

Beispiele. Jemand verkauft 1. eine ihm vom Pfandschuldner zugesagte, aber noch nicht im Grundbuche eingetragene Grundschuld, 2. ein in seinem Verlage als „demnächst erscheinend" angekündigtes Buch, 3. alle Steinpilze, die er im Herbste finden werde. Zu 1. ist er unbedingt haftbar, zu 2. steht er bloß für seine Bemühungen ein, zu 3. haftet er endlich nur, wenn „zufällig" Steinpilze wachsen und von ihm gefunden werden sollten. — Über den den sog. Hoffnungskauf siehe unten S. 398 c.

b) Hierher gehört auch der Fall, daß ein Recht verkauft wird, welches der Verkäufer in der Person des Käufers erst neu begründen will, ein Grundstückeigentümer verkauft z. B. den Nießbrauch an seinem Grundstücke („konstitutiver Kauf").[9]) Ein derartiges Geschäft scheint freilich nicht in den Rahmen des Kaufs zu fallen, weil hier der „Verkäufer" nicht ein Gut auf die Gegenpartei „überträgt", sondern für die Gegenpartei „schafft". Indes schafft der Verkäufer das neue Recht nicht aus Nichts, sondern aus der Fülle seines eigenen Rechts; es liegt also eine „Übertragung" auch in diesem Falle vor, nämlich die Übertragung einer wirtschaftlichen Funktion des alten Rechts. Auch wäre es sonderbar, die entgeltliche Übertragung eines vorhandenen Nießbrauchs als Kauf, die entgeltliche Begründung eines neuen Nießbrauchs als Nichtkauf anzusehen.[10]) — Man könnte hieraus folgern, daß auch die Vermietung eines Grundstücks als Verkauf einer wirtschaftlichen Funktion des Grundstückseigentums behandelt werden müsse. Ob diese Folgerung logisch zutrifft, mag hier dahingestellt bleiben. Juristisch ist sie jedenfalls ohne Belang, weil das Gesetz den Mietvertrag als einen Vertrag eigener Art und nicht als eine Art des Kaufs behandelt.

c) Soweit die entgeltliche Neubegründung eines Rechts als Kauf anzusehen ist, muß auch der entgeltliche Verzicht auf das Recht als Kauf behandelt werden.[11])

4. Gleichgültig ist, ob das verkaufte Gut dem Verkäufer oder ob es einem Dritten gehört; die entgegenstehende Regel des französischen und (teilweise) auch des preußischen Rechts, daß der Verkauf einer „fremden" Sache nichtig sei[12]), ist vom bürgerlichen Gesetzbuch nicht übernommen. — Dagegen darf das verkaufte Gut nicht dem Käufer gehören.[13]) Allerdings wäre es denkbar, daß der Verkäufer sich verpflichtete, das Gut zunächst dem Käufer abzukaufen und sodann auf ihn zurückzuübertragen. Indeß ist eine derartige Absicht der Parteien nicht zu unterstellen.

5. Güter, die ganz unübertragbar sind oder gerade auf den Käufer nicht übertragen werden können, können Gegenstand eines Kaufs nicht sein; wird dennoch ein Kaufvertrag über einen solchen Gegenstand abgeschlossen, so ist er nichtig.[14]) Hierher gehören z. B. die Lohnforderungen der Arbeiter, das künftige Vermögen einer Person, der Nachlaß eines noch lebenden Dritten.

III. 1. Die Gegenleistung des Käufers — Kaufpreis — muß in Geld bestehen.

---

9) Bechmann 2 S. 120, 124.

10) Siehe auch BGB. 449: der Käufer eines Rechts . . hat die Kosten der zur Begründung . . des Rechts nötigen Eintragung zu tragen.

11) Abw. Bechmann S. 145.

12) c. c. 1599 (Förtsch S. 242) Pr. LR. I, 11 § 19, 139, 159, 160 (Dernburg Pr. Pr. 2 § 134[22], Eccius § 124[48]). 13) Eccius § 124[46]. 14) BGB. 306.

2. a) Die Höhe des Kaufpreises wird im Vertrage meistens festbestimmt.

Ist der Preis nach dem Gewicht der Ware bestimmt, so ist maßgebend (falls nicht die unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auszulegenden Erklärungen der Parteien ein Anderes ergeben) das Rein- oder Nettogewicht der Ware. Das ist freilich im Gesetze nur für den Handelskauf ausdrücklich angeordnet[15]), muß aber gleichmäßig auch für den bürgerlichen Kauf gelten. — Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt, so gilt im Zweifel derjenige Marktpreis als vereinbart, welcher dereinst zur Erfüllungszeit am Erfüllungsort maßgebend sein wird[16]), also ein Preis, der bei Abschluß des Vertrages beiden Parteien unbekannt ist.

b) Nicht selten wird aber im Kaufvertrage eine Preisbestimmung nicht getroffen. Alsdann liegt sie im Zweifel beim Verkäufer.[17]) Doch darf der Verkäufer seine Entscheidung nicht nach Willkür, sondern nur „nach billigem Ermessen" abgeben. Er muß also je nach Lage des Falles den Marktpreis der Ware, seine eigenen Unkosten, seine bisherigen Preisansätze u. dgl. billig berücksichtigen.

Daraus ergiebt sich, daß Gewerbtreibende, welche nach der Verkehrssitte „ständige" Preise haben (z. B. Wirte), ihren Kunden ohne weiteres diese Preise berechnen dürfen; es ist nur „billig", wenn sie in ihrem Geschäfte ihre eigenen Preise anwenden; der Kunde, welcher ohne Preisvereinbarung kauft, muß sich also den ständigen Preisen des Verkäufers fügen, mögen sie noch so hoch sein; ebenso kann er aber auch, wenn die ständigen Preise des Verkäufers ungewöhnlich niedrig sind, diese Preisansätze zu seinen Gunsten in Anspruch nehmen. So die Regel. Im Einzelfall kann die Entscheidung dagegen leicht anders ausfallen, z. B. wenn die Preisansätze so hoch sind, daß der Kunde unmöglich darauf vorbereitet sein konnte, oder umgekehrt, wenn der Kunde Ansprüche erhebt, denen der Gewerbtreibende mit seinen niedrigen Preisen unmöglich genügen kann.

Hat der Verkäufer dem Käufer gegenüber einmal den Preis bestimmt, so ist er an diese Bestimmung gebunden, mag sie auch vom Käufer verworfen werden. Denn die Preisbestimmung ist nicht ein Antrag auf vertragsmäßige Ergänzung der im ursprünglichen Kaufvertrage offen gelassenen Lücke; sie wird also nicht erst dadurch, daß der Käufer zustimmt, endgültig verpflichtend; vielmehr stellt sie eine einseitige, unwiderrufliche Entscheidung des Verkäufers dar. Selbstverständlich ist sie aber wegen Irrtums anfechtbar.

Ein Kaufabschluß ohne feste Preisbestimmung ist natürlich nicht schon dann anzunehmen, wenn die Parteien eine ausdrückliche feste Preisbestimmung versäumen. Vielmehr kann eine feste Preisbestimmung auch stillschweigend getroffen werden; und alsdann ist von einem Rechte des Verkäufers zur Preisfestsetzung nach billigem Ermessen keine Rede. Beispiel: Kaufmann A. bezeichnet am 1. März dem B. auf dessen Frage als Preis seiner Butter „2 Mark das Kilo"; am 2. März erhöht A. den Preis in seinem Geschäfte auf 2,20 Mk., am 3. März bestellt B. 5 Kilo Butter, ohne den Preis zu erwähnen; A. sendet die Butter sofort ab, gleichfalls ohne Preisangabe; hier muß der Preis von 2 Mk. als vereinbart gelten.

Selbstverständlich ist ferner, daß das Bestimmungsrecht des Verkäufers nur dann platz greift, wenn der Kauf trotz Unbestimmtheit des Kaufpreises wirklich abgeschlossen wurde. Diese Voraussetzung wird bei Gegenständen, deren Wert zweifelhaft ist, sehr häufig nicht erfüllt sein, z. B. beim Kauf eines Hauses, eines Kunstwerks; alsdann stellen die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen solange, als die Höhe des Kaufpreises nicht festgesetzt ist, eine unverbindliche Vorverhandlung dar. Doch wird man nicht behaupten dürfen, daß bei derartigen Gegenständen ein Kaufabschluß ohne Preisfestsetzung geradezu unmöglich sei.[18])

3. Daß der Preis ein objektiv angemessener sei, ist nicht erforderlich.

---

15) HGB. II, 380.
16) BGB. 453 (ebenso früher HGB. I 353; anders Pr. LR. I, 11 § 54).
17) BGB. 316. Siehe oben S. 291 flg.
18) Abw. anscheinend Endemann § 158[4].

Wohl aber muß er subjektiv angemessen sein, d. h. er muß dem von den Parteien angenommenen Werte der Ware gleichkommen.

Die Gründe, welche die Parteien bestimmen können, einen anderen Wert der Ware als den objektiven (d. h. den durchschnittlicher Schätzung entsprechenden) anzunehmen, sind mannigfach: Irrtum über den objektiven Wert, Geldverlegenheit des Verkäufers, Liebhaberei des Käufers, freundschaftliche Beziehungen der Parteien u. s. w. — Die Wertannahme der Parteien darf aber keine Fiktion sein, sondern muß auf einer ernstlichen Abschätzung des Werts der Ware einerseits, des Werts des Kaufpreises andererseits beruhen. Indes wird es im Einzelfall recht schwierig sein, festzustellen, daß die Wertannahme der Parteien eine bloße Fiktion ist. Beispiel: A. hat sich einen schottischen Schäferhund kommen lassen und den objektiv angemessenen Preis dafür mit 400 Mk., sowie 4 Mk. Fracht bezahlt; kaum angekommen, beißt der Hund das Kind des A.; in der Erregung „verkauft" A. den Hund an seinen zufällig anwesenden Nachbarn B. für den Betrag der Fracht, also für 4 Mk. Der Unterschied zwischen diesem Preise und dem objektiven Werte des Hundes ist ein außerordentlicher. Dennoch ist der Preis nicht als fiktiv zu bezeichnen; denn im Augenblick des Kaufabschlusses nahm A. ernstlich an, daß der Wert des Hundes subjektiv für ihn, den A., eher weniger als 4 Mk. betrug.

4. Über Beschränkungen der Preisvereinbarung s. oben S. 314 g.

IV. Beim Kaufe können Verkäufer und Käufer außer den für das Kaufgeschäft wesentlichen Hauptleistungen — Lieferung des Kaufgegenstandes einerseits, Zahlung des Kaufpreises andererseits — noch beliebige Nebenleistungen übernehmen: der Verkäufer eines Hauses verpflichtet sich z. B., alle kleinen Ausbesserungen, die während der nächsten drei Jahre im Hause nötig werden sollten, unentgeltlich zu besorgen, der Käufer verspricht dagegen, dem Verkäufer jährlich ein Drittel von dem Obstertrage des zum Hause gehörigen Gartens abzuliefern. Nur muß es sich dabei wirklich bloß um Nebenleistungen handeln. Denn sobald diese anderweiten Leistungen in den Vordergrund treten, verliert der Vertrag den Charakter eines Kaufvertrages und wird zu einem Vertrage eigener Art: so liegt z. B., wenn zwei Gutsbesitzer ihre Landgüter austauschen und der eine dem andern außerdem in bar 300 Mk. zahlen soll[19]) oder wenn die Schneiderin ihrer Kundin ein Kleid anfertigt und dabei für die von ihr gelieferten Zuthaten an Knöpfen, Besatz u. dergl. Einzelpreise berechnet, kein Kauf, sondern im ersteren Falle ein Tausch-, im zweiten Falle ein Werkvertrag vor.

V. 1. Für den Abschluß der Kaufverträge gelten die allgemeinen bereits in der bisherigen Darstellung erwähnten und zumeist durch besondere gerade auf den Kauf bezügliche Beispiele erläuterten Regeln. Hervorgehoben sei an dieser Stelle nur,

a) daß die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte des Kaufvertrages bindend geeinigt haben müssen[20]), also insbesondere über die Kaufsache und den Kaufpreis, ferner, falls dies im Einzelfall[21]) als wesentlich erscheint, auch über die Zeit, zu der die Kaufsache geliefert, der Kaufpreis bezahlt werden soll u. s. w.,

b) daß der Kauf eines Grundstücks gerichtlicher oder notarieller Form bedarf,[22]) während der Kauf beweglicher Sachen oder unkörperlicher Güter formlos abgeschlossen werden kann.[24])

---

19) Siehe unten § 133. 20) Siehe oben S. 171, 291.

21) Siehe oben S. 172, 4 b; viel zu apodiktisch, Dernb. Pr. Pr. 2 § 133[8].

22) BGB. 313. Siehe oben S. 289 d.

24) Ausnahme: Kauf eines ganzen Vermögens oder eines Bruchteils davon (BGB. 311). — Kauf des Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (RGes. v. 20. 4. 1892 § 15) u. s. w.

2. Nur in einer einzigen Beziehung gilt für den Abschluß des Kaufs eine Sonderbestimmung: wird nämlich ein Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung vollzogen, so dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs beauftragte Beamte und die von ihm zugezogenen Gehülfen (also z. B. bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks der dienstthuende Amtsrichter und sein Protokollführer) den zum Verkaufe gestellten Gegenstand nicht selber kaufen, weder unmittelbar noch durch einen anderen, weder im eigenen Namen noch im Namen eines Dritten. Dem Verkauf in der Zwangsvollstreckung stehen die freihändigen Verkäufe des Konkursverwalters gleich.[25])

Ebenso stehen ihm Verkäufe gleich, die kraft gesetzlicher Vorschrift durch einen Beauftragten für Rechnung einer anderen Person als des Auftraggebers erfolgen, z. B. ein formeller Selbsthilfeverkauf aus BGB. 383. — Ein der Regel zu 2. widerstreitender Verkauf und ebenso die auf seiner Grundlage erfolgende Übereignung oder sonstige Übertragung des verkauften Guts ist unwirksam, es sei denn, daß alle an dem Verkauf als Schuldner, Gläubiger oder Eigentümer beteiligte Personen ihm sämtlich, im voraus oder nachträglich zustimmen. Sonach ist der Käufer zunächst an das Geschäft gebunden, alle anderen Beteiligten dagegen sind, solange sie nicht zugestimmt haben, frei.[26]) Ist die Zustimmung nicht im voraus erfolgt, so kann der Käufer jeden Beteiligten auffordern, sich darüber zu äußern, ob sie die Zustimmung nachträglich geben wollen; erfolgt diese nachträgliche Zustimmung nicht binnen 14 Tagen nach der Aufforderung, so gilt sie als verweigert und der Verkauf ist nunmehr auch für den Käufer unverbindlich. — Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen. — Daß der Leiter des Verkaufs auch nicht „durch einen Anderen" kaufen darf, bezieht sich sowohl auf den Fall, daß der Andere als Stellvertreter, wie auf den, daß er in eigenem Namen, aber für Rechnung des Verkaufsleiters handelt; in letzterem Falle ist für den bei einem etwaigen zweiten Verkauf eintretenden Mindererlös der „Andere" persönlich haftbar, nicht der Verkaufsleiter.

3. Hier und da finden sich Vorschriften, daß Beamte gewisse Gegenstände nicht kaufen dürfen. So dürfen z. B. nach den meisten Berggesetzen Bergbeamte ohne ministerielle Genehmigung Bergwerke, die in ihrem Bezirke liegen, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht erwerben, also namentlich nicht kaufen.[27]) Doch sind diese Vorschriften privatrechtlich bedeutungslos; ein verbotswidrig abgeschlossener Kauf ist für alle Beteiligten voll verbindlich.

2. Der Kauf von Sachen.

a) Gegenseitige Abhängigkeit der Verpflichtungen des Verkäufers und Käufers. Übergang der Gefahr der verkauften Sache.

§ 122.

I. Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag.

1. Demgemäß haben die Parteien ihre Verpflichtungen im Zweifel Zug um Zug zu erfüllen; solange die eine Partei nicht leistet, kann auch die Gegenpartei ihre Leistung einstweilen zurückhalten.[1])

---

25) BGB. 456, 457. Ähnlich Pr. LR. I, 11 § 21 flg.
26) BGB. 458. 27) Z. B. preuß. Bergges. v. 24. 6. 1865 § 195.
1) Siehe oben S. 300 II.

Nicht übernommen sind die Regeln des Pr. LR.s I, 5 § 406, 404, daß jede Partei, die im Prozesse den Einwand der mangelnden Gegenleistung mit Recht erhebt, und ebenso jede Partei, gegen welche umgekehrt der Einwand der mangelnden Gegenleistung mit Unrecht erhoben wird, auf Grund eines zu ihren Gunsten ergangenen erstinstanzlichen Urteils vom Vertrage zurücktreten kann.

2. Ist eine Partei berechtigt, die Leistung der Gegenpartei endgültig zurückzuweisen — z. B. wegen Verzuges der Gegenpartei —, so ist sie auch von ihren eigenen Leistungen endgültig befreit. 2)

3. Sind die der einen Partei obliegenden Leistungen durch einen Zufall unmöglich geworden, so sind nicht bloß die Verpflichtungen dieser Partei, sondern auch die der Gegenpartei erloschen. 3) Dies gilt namentlich dann, wenn die Kaufsache durch einen Zufall zerstört oder beschädigt wird. — Geht eine teilbare Kaufsache teilweise unter, so wird der Verkäufer und also auch der Käufer nur teilweise befreit: jener muß den noch übrig gebliebenen Teil der Kaufsache liefern, dieser muß einen entsprechenden Teil des Kaufpreises zahlen. 4)

Der Käufer hat also ein Preisminderungsrecht; die Art der Preisminderung ist die gleiche, wie wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache liefert, s. unten S. 426. — Geht eine unteilbare Sache teilweise unter (z. B. die verkaufte Statue verliert bei einem Transporte den Kopf), so gilt das als Beschädigung der ganzen Sache; beide Parteien werden also ganz befreit, es sei denn, daß der Käufer auf den Kopf ohne Preisminderung verzichtet.

II. 1. Von den drei soeben erörterten Regeln muß sich nun aber die dritte eine weitgehende Ausnahme zu Gunsten des Verkäufers gefallen lassen. Der zufällige Untergang der verkauften Sache hat nämlich von einem bestimmten Zeitpunkte ab befreiende Wirkung nur für den Verkäufer, nicht für den Käufer: jener braucht die Kaufsache nicht zu liefern, dieser muß sie trotzdem bezahlen. Ähnlich steht es, wenn die Kaufsache nach jenem Zeitpunkt zufällig beschädigt wird: der Verkäufer braucht den Schaden nicht zu beseitigen, der Käufer muß trotzdem den vollen Kaufpreis entrichten. Man drückt diesen Satz durch die Formel aus: mit jenem Zeitpunkte sei die Gefahr der Kaufsache vom Verkäufer auf den Käufer übergegangen.

2. Der Zeitpunkt des Gefahrübergangs ist im bisherigen Rechte sehr ungleich bestimmt.

a) Nach altdeutschem Recht geht die Gefahr mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer auf diesen über; soll der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer zusenden, so gilt als Übergabe schon die Absendung. 5) Von den neueren Gesetzbüchern folgt dieser Regel das preußische Landrecht. 6)

b) Nach gemeinem Recht ist dagegen (wenigstens beim unbedingten Kaufe einer individuell bestimmten Sache) der Gefahrübergang bereits an den Kaufabschluß geknüpft. 7) Dieser Regel folgen von den neueren Gesetzbüchern das französische und das sächsische. 8)

2) Siehe oben S. 300 II. 3) S. oben S. 335, 336. 4) BGB. 323.
5) Stobbe 3 § 184 Nr. 5.
6) Pr. LR. I, 11 § 95, 128. Über den Kauf in Pausch und Bogen s. unten S. 449.
7) Hofmann, Periculum beim Kauf (70). 8) cc. 1138; sächs. b. GB. 866.

3. Das bürgerliche Gesetzbuch [9]) verwirft die römische Regel, schließt sich aber auch der deutschen nur mit zwei Änderungen an.

a) Zunächst wird bezüglich der Grundstücke ein ganz neuer [10]) Rechtssatz aufgestellt: es soll hier nämlich nicht bloß auf den Zeitpunkt, da das verkaufte Grundstück dem Käufer übergeben, sondern ebenso auf den Zeitpunkt, da es im Grundbuch auf den Namen des Käufers als des neuen Eigentümers umgeschrieben wird, ankommen; und zwar soll von diesen beiden Zeitpunkten stets der frühere maßgebend sein.

b) Aber auch bezüglich der beweglichen Sachen wird für den Fall, daß der Verkäufer sie dem Käufer zuzusenden hat, [11]) die altdeutsche Regel geändert. Allerdings wird der Satz, daß der Gefahrübergang schon mit der Absendung eintreten soll, an und für sich beibehalten. Er erfährt aber insoweit eine Änderung, als die Absendung nicht mehr, wie im altdeutsch-preußischen Recht, als Übergabe gilt; während also der Satz, der Gefahrübergang erfolgt mit der Absendung, nach altdeutsch-preußischer Anschauung lediglich eine Folgerung aus der Regel ist, daß der Gefahrübergang an die Übergabe geknüpft sei, stellt er nach dem bürgerlichen Gesetzbuch umgekehrt eine Ausnahme von dieser Regel dar.

Daß die Absendung im preußischen Rechte wirklich als Übergabe gilt, zeigt sich darin, daß sie dem Käufer sofort den Besitz, das Eigentum und das Recht auf die Nutzungen der Kaufsache verschafft.[12]) Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch gelten in allen drei Punkten die entgegengesetzten Regeln.

c) Dagegen ist bezüglich solcher beweglichen Sachen, die nicht vom Verkäufer zu übersenden, sondern vom Käufer abzuholen sind, die altdeutsch-preußische Regel unverändert beibehalten.

4. Hiernach ist festzustellen, daß der Gefahrübergang im bürgerlichen Gesetzbuch keineswegs nach einem einheitlichen Grundsatze behandelt wird. Vielmehr geht die Gefahr über:

a) bei Grundstücken mit der Übergabe oder der grundbuchmäßigen Eintragung des Käufers, also mit einem Akte, der dem Käufer entweder den Besitz oder das Eigentum der Kaufsache bringen soll;

b) bei beweglichen Sachen, welcher der Käufer abzuholen hat [13]), mit der Übergabe, also einem Akte, welcher dem Käufer regelmäßig sowohl den Besitz als auch das Eigentum der Kaufsache bringen soll;

c) bei beweglichen Sachen, welche der Verkäufer schicken muß [13]), mit der Absendung, also mit einem Akte, der dem Käufer weder den Besitz noch das Eigentum der Kaufsache bringen soll.

5. Demgemäß ist keine Rede davon, daß nach dem bürgerlichen Gesetzbuch

9) BGB. 446, 447.

10) Nach Eccius § 108[13] soll diese Regel bereits dem jetzigen preußischen Rechte angehören. Vermittelnd Dernb. Pr. Pr. 2 § 138[9]. 11) Genaueres hierüber s. unten 407 flg.

12) Pr. LR. I, 11 § 128, 130, 105. Abw. wegen des Besitzes Dernb. Pr. Pr. 1 § 239[5].

13) Genaueres hierüber unten S. 407 b, 408 c, 409 a.

Gefahrübergang und Eigentumsübertragung sich gegenseitig bedingen: der gegenteilige Satz, dessen Geltung im preußischen Rechte vielfach behauptet wird („casus sentit dominus“), hat in unserem Reichsrecht keinen Boden. Allerdings wird der Käufer, der das Eigentum der Kaufsache erworben hat, immer zugleich auch deren Gefahr tragen. Nicht aber kann man auch umgekehrt sagen: solange der Käufer das Eigentum der Kaufsache nicht erworben hat, hat er auch deren Gefahr nicht zu tragen: vielmehr ist das Gegenteil der Fall, wenn ein verkauftes Grundstück dem Käufer übergeben, aber nicht aufgelassen wird, wenn die verkaufte bewegliche Sache dem Käufer vom Verkäufer zugesendet wird, wenn der Verkäufer bei der Übergabe der verkauften beweglichen Sache sich deren Eigentum vorbehalten hat [14]), wenn die verkaufte und übergebene Sache einem Dritten gestohlen war [15]) u. s. w.

6. Als Übergabe im Sinne der hier besprochenen Regeln gilt nicht bloß die Übertragung des unmittelbaren Besitzes, sondern auch jede Rechtshandlung, welche bei der Übereignung beweglicher Sachen die Übergabe „ersetzt“ [16]), also der Besitzvertretungsvertrag, ferner, wenn ein Dritter im Besitze der Kaufsache ist, die Abtretung des dem Verkäufer wider den Dritten zustehenden Anspruchs auf Herausgabe der Sache u. s. w.

Und zwar reichen alle diese Akte auch bei Grundstücken zu. Bei Seeschiffen genügt gemäß HGB. II, 474 sogar der bloße Übereignungsvertrag.

Wie mir scheint, ist in dieser Frage das bürgerliche Gesetzbuch schlecht formuliert. Entweder ist der Besitzvertretungsvertrag Übergabe; dann wäre es nicht nötig gewesen, bei der Übereignung von Fahrnis zu sagen, daß er die Übergabe „ersetzt“. Oder er ist nicht Übergabe; dann hätte man ihn nicht bloß bei der Übereignung, sondern auch bei der Gefahrübertragung als Ersatz der Übergabe erwähnen müssen; denn ein bloßer Analogieschluß von der Übereignung auf die Gefahrübertragung ist bei dem lockern Zusammenhang, der zwischen diesen beiden Rechtsvorgängen besteht [17]), mindestens zweifelhaft, zumal, wenn eine Regel, die nur für die Übereignung von Fahrnis aufgestellt ist, auch auf die Gefahrübertragung beim Verkauf von Grundstücken analog angewendet werden soll!

7. Im gemeinen Recht war die Frage des Gefahrübergangs beim Kaufe von Gattungssachen hoffnungslos streitig. [18]) Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch fällt die Streitfrage dagegen fort: die Gefahr geht beim Kaufe von Gattungssachen genau zu der gleichen Zeit über wie beim Kaufe individuell bestimmter Sachen, also mit der Übergabe, Absendung, Umschreibung im Grundbuche. Das ist auch leicht verständlich; denn die individuelle Bestimmung der Kaufsache, die beim Abschluß des Kaufs versäumt war, wird ja durch die gefahrübertragenden Akte nachgeholt: die ursprünglich nur der Gattung nach bestimmte Kaufsache wird durch Übergabe, Absendung oder Umschreibung im Grundbuch nachträglich individualisiert.

Dies gilt auch dann, wenn der Verkäufer mehrere für verschiedene Käufer bestimmte Partien der nämlichen Ware ungetrennt übergiebt oder absendet: ein Kohlenhändler übergiebt

---

14) Siehe hierüber unten 446[22]. 15) Siehe hierüber unten 416 V.
16) Siehe BGB. 929 flg. 17) Siehe oben 395, 5.
18) Windscheid § 390[8].

z. B. die von zwei in dem nämlichen Hause wohnenden Kunden bestellten je 1000 Stück Brikettes derart, daß er die 2000 Stück ungeschieden auf dem Hofe des Hauses abladen läßt; ein Getreidehändler sendet das von fünf Kunden bestellte Korn derart ab, daß er es unverpackt in einen Kahn schüttet und dem Schiffer aufträgt, am Bestimmungsorte für jeden Käufer die ihm zustehende Menge Korn auszuscheiden. Die Käufer tragen alsdann die Gefahr der Gesamtmenge gemeinschaftlich. Doch ist dabei vorausgesetzt, daß der Verkäufer zu der von ihm beliebten Gesamtübergabe oder Gesamtabsendung den Käufern gegenüber befugt war.[19])

8. Die Übergabe überträgt die Gefahr der Kaufsache auch dann, wenn sie unvollkommen ist, d. h. gegen die vertragsmäßigen Verpflichtungen des Verkäufers verstößt. Freilich kann der Käufer die Vertragswidrigkeit als solche rügen und daraus Ansprüche für sich herleiten. Aber die Gefahr der Kaufsache geht dennoch auf ihn über. Beispiel: A. übergiebt dem B. den verkauften Schrank ohne Schlüssel; noch innerhalb der ihm von B. gesetzten Nachfrist gelingt ihm die Nachlieferung der Schlüssel; in der Zwischenzeit ist aber der Schrank verbrannt; der Unfall geht auf B.s Gefahr. Anders wäre der Fall zu entscheiden, wenn B. den Schrank nur vorläufig angenommen hätte; denn dann würde eine eigentliche „Übergabe" nicht vorliegen.

9. Über den Gefahrübergang bei mehrfachem Verkaufe der nämlichen Sache an verschiedene Käufer s. unten S. 416 VI.

10. Nicht selten wird bei einem bedingten Kaufabschluß die Kaufsache dem Käufer schon während des Schwebens der Bedingung übergeben (an ihn abgesendet, auf seinen Namen im Grundbuche umgeschrieben.) Genügt diese bedingte Übergabe, um die Gefahr der Kaufsache auf den Käufer zu übertragen?

a) Die Frage ist zu verneinen, wenn der Kaufvertrag durch Ausfall der aufschiebenden, durch Eintritt der auflösenden Bedingung hinfällig wird. Denn der Käufer ist alsdann zur Zahlung des Kaufpreises überhaupt nicht verbunden und wird es auch dadurch nicht, daß die Kaufsache inzwischen zufällig untergegangen oder beschädigt ist.

b) Die Frage ist dagegen zu bejahen, wenn der Kaufvertrag durch Ausfall der auflösenden Bedingung unbedingt wird.

c) Die Frage ist bald zu bejahen, bald zu verneinen, wenn der Kaufvertrag durch Eintritt der aufschiebenden Bedingung unbedingt wird. Sie ist nämlich zu bejahen, wenn die Parteien dem Eintritt der Bedingung rückwirkende Kraft zuschreiben[20]); andernfalls ist sie zu verneinen. Die römische Regel, daß bei einem aufschiebend bedingten Kaufe die Gefahr des Untergangs der Kaufsache immer erst mit Eintritt der Bedingung auf den Käufer übergehe[21]), ist also beseitigt: vielmehr kommt alles auf die Ermittelung der Parteiabsicht an.

Beispiel. A. verkauft dem B. sein Wirtschaftsinventar; der Kauf soll aber nur dann wirksam sein, wenn dem B. die von ihm erbetene polizeiliche Erlaubnis zum Wirtschaftsbetriebe binnen 14 Tagen erteilt wird; B. erhält nun die Erlaubnis am 10. Tage; Tags zuvor ist aber bei irgend einem Unfalle das Inventar größtenteils vernichtet. B. muß den Kaufpreis bezahlen, auch wenn man jene Bedingung als eine aufschiebende versteht; denn gerade dadurch, daß A. dem B. das Inventar im voraus übergeben und B. die Übergabe angenommen hat, haben die Parteien zu erkennen gegeben, daß sie dem Eintritt der Bedingung rückwirkende Kraft verleihen wollten. Anders läge der Fall freilich, wenn A. die Übergabe nur deshalb so beschleunigt hat, weil er die Sachen nicht aufheben oder weil er deren Prüfung durch B. ermöglichen wollte.

11. Die vorstehend zu 1—10 entwickelten Regeln treten außer Kraft, sobald der Käufer mit der Annahme der Kaufsache in Verzug gerät. Als-

---

19) Dernb. Pr. Pr. 2 § 138⁷. Abw. RG. 22 Nr. 64; 23 Nr. 51.

20) Siehe oben S. 191⁹.

21) Windscheid § 390¹⁰. Ebenso sächs. b. GB. 873.

dann geht die Gefahr sofort auf ihn über, ohne Rücksicht auf die Übergabe, Absendung oder Umschreibung der Kaufsache.[22])

III. 1. a) Sind zukünftige Sachen als solche verkauft[23]), — z. B. der Ertrag der nächsten Rübenernte eines bestimmten Landguts — so braucht der Käufer, wenn der Preis nach Maß oder Gewicht oder Stückzahl bestimmt ist, nur diejenige Menge zu bezahlen, die der Verkäufer ihm wirklich zu liefern imstande ist; der Preis wird also je nach dem Umfang der Lieferung sehr verschieden ausfallen. Liefert der Verkäufer garnichts, so braucht auch der Käufer garnichts zu zahlen.

b) Hat der Käufer einen Pauschpreis zugesagt, so gilt von den Regeln zu a. nur die zweite, nicht die erste; der Käufer muß also den nämlichen Preis zahlen, mag nun der Verkäufer viel oder wenig liefern; liefert dagegen der Verkäufer garnichts, so braucht der Käufer auch in diesem Falle garnichts zu zahlen.

c) Schließlich kann sich aber der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises (ganz oder teilweise) auch für den Fall verpflichten, daß der Verkäufer garnichts zu liefern imstande ist.[24]) Man spricht alsdann von einem Hoffnungskauf. Im bisherigen Recht nahm man meistens an, daß der Gegenstand des Hoffnungskaufs die „Hoffnung", d. h. die dem Käufer durch den Vertrag eröffnete Gewinnchance sei.[25]) Das bürgerliche Gesetzbuch bietet aber für diese gezwungene Konstruktion keinen Anhalt; wir dürfen also als Kaufgegenstand einfach diejenigen Sachen ansehen, die der Verkäufer etwa zu liefern hat; richtig ist allerdings, daß der Käufer die Höhe des Preises nach der Größe der ihm gebotenen Hoffnung bemißt; allein das ist offenbar bei dem zu b. genannten Geschäfte ganz ebenso der Fall. So ist also die Eigentümlichkeit des Hoffnungskaufes nur die, daß die Gewähr des Verkäufers für den Umfang seiner Lieferung eigenartig festgesetzt wird.

2. Ähnliche Vereinbarungen, wie die zu 1, können übrigens auch beim Kaufe gegenwärtiger Sachen vorkommen. F. verkauft z. B. dem G. seinen fortgeflogenen Papagei für 10 Mk., ohne Gewähr dafür, ob der Vogel noch lebt, ob er gesund ist, ob er wiedergefunden werden kann.

b) Die einzelnen Verpflichtungen des Verkäufers.

α) Übergabe der Kaufsache.

§ 123.

Der Verkäufer ist verpflichtet, die verkaufte Sache dem Käufer zu übergeben.[1])

I. Die Übergabe besteht in der Übertragung des unmittelbaren Besitzes

22) BGB. 300. 23) Siehe hierüber auch oben S. 389, 3.

24) Bechmann 2 § 182, Endemann Grünhuts Ztschr. 12 S. 345.

25) So z. B. Dernburg 2 § 94[14]. Dawider Bechmann und Endemann a. a. O.

1) BGB. 433.

der Sache auf den Käufer. Wie diese Übertragung zu bewerkstelligen ist, bestimmt die Verkehrssitte.

II. 1. Zu übergeben ist nicht bloß die verkaufte Sache als solche, sondern auch ihr Zubehör: und zwar beim Verkauf einer individuell bestimmten Sache das Zubehör, welches zur Zeit des Kaufs thatsächlich vorhanden war, mag es auch ungewöhnlich gewesen sein [2]), beim Verkauf einer individuell oder einer nur der Gattung nach bestimmten Sache das Zubehör, dessen Vorhandensein bei einer Sache von der Art der verkauften gewöhnlich vorausgesetzt wird.

2. Die Früchte beweglicher Sachen verbleiben dem Verkäufer bis zur Übergabe, sind also dem Käufer nicht mit zu übergeben. [3]) Das Gleiche gilt für die Früchte von Grundstücken; nur wenn der Käufer schon vor erfolgter Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist, gebühren ihm die Grundstücksfrüchte bereits von der Eintragung ab. So geht also das Recht auf die Früchte der verkauften Sache zugleich mit der Gefahr der Sache auf den Käufer über: der Vorteil, den die Sache bringt, ist mit der Gefahr der Sache aufs engste verknüpft! [4])

III. Gerät der Verkäufer mit der Übergabe in Verzug, so kommen die Regeln zur Anwendung, welche für den Erfüllungsverzug bei gegenseitigen Verträgen im allgemeinen gelten. Von diesen Regeln ist schon früher die Rede gewesen. [5]) Insbesondere haben wir bereits erörtert, daß der in Verzug geratene Schuldner vom bürgerlichen Gesetzbuch — nach dem Vorgange des französischen Rechts und des Handelsgesetzbuches — sehr viel strenger behandelt wird als im gemeinen und im preußischen Rechte. Dennoch müssen wir auf den Verzug des Verkäufers im Folgenden noch näher eingehen: es handelt sich darum, die frühere sehr allgemein gefaßte Darstellung der Lehre vom Verzuge mit Rücksicht auf das Kaufgeschäft konkreter und spezieller zu gestalten.

1. Der Käufer hat ein dreifaches Wahlrecht: er kann erstlich nachträgliche Lieferung der Kaufsache und Schadensersatz wegen Verspätung fordern; er kann zweitens die Annahme der nachträglichen Lieferung der Kaufsache ablehnen und Schadensersatz wegen Nichtlieferung verlangen; er kann endlich drittens — gleichfalls unter Ablehnung einer nachträglichen Lieferung der Kaufsache — vom Vertrage ganz zurücktreten.

2. a) Der Käufer kann alle drei Rechte zu 1 erst dann ausüben, wenn der Verkäufer in Verzug geraten ist. Dagegen steht nichts im Wege, daß er sich bereits vorher bindend darüber erklärt, welches der Rechte er inskünftig ausüben und welche Frist zur Nachlieferung der Kaufsache er bewilligen werde, wenn dereinst der Verkäufer in Verzug verfallen sollte. [6]) Er schreibt z. B. seinem Fischhändler: „eben höre ich, daß Sie in Ihren Lieferungen nicht pünktlich sind; ich erkläre deshalb schon jetzt, daß ich den für Dienstag bestellten Lachs nach Mittwoch 11 Uhr nicht mehr annehme, sondern mit diesem Zeitpunkt von meiner Bestellung zurücktrete."

---

2) Siehe oben S. 305, 3.

3) Dabei kommt aber auch die Regel des § 101 BGB. (s. oben S. 129, 4) in Betracht.

4) Ausnahme beim Versendungskauf unten S. 408 e.

5) Siehe oben S. 345 und BGB. 326.

6) Abw. RG. 12 Nr. 94; 14 Nr. 8.

b) Ist der Verkäufer in Verzug geraten, so kann der Käufer das Recht auf nachträgliche Lieferung und Schadensersatz wegen Verspätung **sofort** geltend machen. Dagegen kann er seine beiden anderen Rechte erst nach Ablauf einer billigen **Nachfrist** ausüben; nur wenn die nachträgliche Lieferung infolge der Verspätung für den Käufer ohne alles Interesse ist, bedarf es der Abwartung einer Nachfrist nicht.

Beispiel. A. kauft von B. einen Maskenanzug für ein bestimmtes Maskenfest, lieferbar am Montag; B. liefert den Anzug erst Dienstag. A. kann den Anzug zurückweisen, wenn das Fest bereits am Montag stattgefunden hat. Dagegen muß er den Anzug annehmen, wenn das Fest erst am Dienstag stattfindet; so auch dann, wenn er Krankheitshalber das Fest nicht besuchen kann; allerdings ist der Anzug alsdann „ohne Interesse" für ihn, aber doch nur infolge seiner Krankheit, nicht infolge der verspäteten Lieferung. — Ob der Verkäufer voraussehen konnte, daß die verspätete Lieferung für den Käufer ohne Interesse sein würde, ist gleichgültig, sofern der Käufer nur ein Rücktrittsrecht geltend macht; dagegen kann dieser Umstand gemäß BGB. 254 sehr erheblich sein, wenn der Käufer Schadensersatzansprüche erhebt.

c) Liegt der eben erwähnte Ausnahmefall vor, daß der Käufer dem säumigen Verkäufer eine Frist zur Nachlieferung der Kaufsache **nicht** zu bewilligen braucht, so kann der Käufer seine Erklärung, die Nachlieferung nicht mehr annehmen zu wollen, bis zu dem Augenblicke verschieben, da der Verkäufer ihm die Nachlieferung thatsächlich anbietet; der Verkäufer darf also nicht etwa glauben, daß er bis zur Abgabe dieser Erklärung ein unbedingtes Recht auf die Nachlieferung habe. Günstiger ist dagegen die Rechtslage des Verkäufers, der eine Nachfrist beanspruchen kann: ihm gegenüber muß der Käufer die Zurückweisung der Nachlieferung **im voraus** erklären und dabei zugleich die Dauer der Nachfrist genau bestimmen; bis zu der Abgabe der Erklärung und dem Ablauf der Nachfrist bleibt der Verkäufer zur Nachlieferung berechtigt.

Welche Rechtslage tritt ein, wenn der Käufer die Nachfrist unangemessen bestimmt oder zu bestimmen ganz versäumt?

α) Er bestimmt die Frist zu lang. Dann hat es bei dieser Bestimmung einfach sein Bewenden.

β) Er bestimmt sie zu kurz. Dann tritt an Stelle der zu kurzen von Rechts wegen die längere der Sachlage entsprechende, wirklich angemessene Frist,[7])

γ) Er erklärt die Nachfrist ganz zu verweigern. Dann beginnt gleichfalls mit dieser Erklärung die angemessene Nachfrist von Rechtswegen ihren Lauf; denn wir können die Verweigerung der Nachfrist (Nachfrist = 0) nicht anders behandeln als eine zu kurze Bemessung der Nachfrist.

δ) Er äußert sich über die Dauer der Nachfrist unbestimmt, er schreibt z. B. „ich erwarte die Lieferung des Gasofens, der eigentlich schon vorgestern da sein sollte, in Bälde; andernfalls nehme ich ihn garnicht an." Dann ist die Fristsetzung ganz unwirksam.

Hiernach darf man weder sagen, der Käufer müsse dem Verkäufer die Nachfrist anbieten (siehe zu c), noch umgekehrt, der Verkäufer müsse beim Käufer um die Nachfrist besonders einkommen (siehe zu d). Das Richtige ist vielmehr: der Käufer muß sich über die Bewilligung der Nachfrist und eventuell über die Dauer der Frist ungebeten **äußern**.[8])

---

7) Siehe oben S. 346[25]. Abw. Planck Anm. 2 zu § 250. Siehe auch m. Lehrb. d. Handelsrechts § 41[6]. 8) RH. 8 Nr. 30; RG. 7 S. 79.

Zu einer nachträglichen Änderung der einmal bestimmten Nachfrist ist der Verkäufer nicht befugt: er kann die Frist nicht bloß nicht verkürzen, sondern auch nicht verlängern.

d) Eine Frist, binnen deren der Käufer seine Rechte spätestens ausüben muß, gilt, wenn wir von den Verjährungsfristen absehen, von Gesetzeswegen nicht[9]) So mag also der Verkäufer über den Inhalt seiner Verpflichtungen lange Zeit hindurch im Ungewissen sein. Doch kann er der Ungewißheit dadurch entgehen, daß er dem Käufer, solange dieser noch berechtigt ist, die Nachlieferung der Kaufsache zu fordern, die Nachlieferung thatsächlich anbietet oder ihn, wenn er das Recht auf Nachlieferung verloren hat, zur Äußerung über die Ausübung seines Rücktrittsrechts binnen angemessener Frist auffordert.[10]) Und auch abgesehen hiervon wird man im Einzelfall dem Käufer eine unbillig späte Ausübung seiner Rechte versagen müssen; hat er z. B. im Jahre 1897 1893er „Forster Jesuitengarten", lieferbar Juni 1898, gekauft, demnächst aber, nachdem der Verkäufer in Lieferungsverzug geraten, fünfzehn Jahre geschwiegen, so kann er 1913 nur noch von dem Vertrage zurücktreten, dagegen weder nachträgliche Lieferung des Weins noch Schadensersatz wegen Nichtlieferung fordern.[11])

3. Wenn der Käufer nachträgliche Lieferung der Sache (und Schadensersatz wegen Verspätung) fordert, giebt er damit seine anderen Rechte nicht auf, kann also seinen Entschluß ändern und die nachträgliche Lieferung der Sache zurückweisen. Hat er dagegen umgekehrt erklärt, eine nachträgliche Lieferung der Kaufsache nicht mehr annehmen zu wollen, so hat er damit — natürlich erst mit Ablauf der etwa dem Verkäufer zustehenden Nachfrist — das Recht auf Nachlieferung endgültig verloren. Ebenso hat er, wenn er einmal den Rücktritt vom Vertrage erklärt hat, das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder, wenn er einmal Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert hat, das Recht auf Rücktritt vom Vertrage verwirkt.

4. Fordert der Käufer Schadensersatz wegen verspäteter Lieferung, so muß er darthun, welcher Schaden ihm dadurch entstanden ist, daß er die Sache nicht rechtzeitig, — d. h. an dem Tage, an welchem der Verkäufer in Lieferungsverzug geriet, — sondern verspätet bekommen hat.

a) Am einfachsten führt der Käufer diesen Beweis, wenn er den Wert, welchen die Sache am Tage des beginnenden Verzuges gehabt hat (x), mit dem Werte, welchen die Sache am Tage der verspäteten Lieferung hatte (y), vergleicht: ist ersterer Wert höher, so stellt der Unterschied (x—y) den Schaden des Käufers dar. Diese Schadensberechnung wird als die abstrakte bezeichnet, da sie dem Käufer das Eingehen auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, z. B. auf die besonderen Verlegenheiten, in welche ihn der Verzug des Verkäufers versetzt hat, erspart.

Die abstrakte Schadensrechnung ist im bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich zugelassen, aber selbstverständlich.[12]) Hätte nämlich der Verkäufer rechtzeitig geliefert, so wäre das Vermögen des Käufers, wenn wir den bedungenen Kaufpreis mit m bezeichnen, um x—m vermehrt; thatsächlich ist aber dem Vermögen des Käufers nur der Wert y—m zugewachsen; somit ist dem Käufer ein Verlust in Höhe von x—m — (y—m) = x—y entstanden. Allerdings hätte der Käufer vielleicht auch bei rechtzeitiger Lieferung den nämlichen oder gar

---

9) Ausnahme bei Fix-Handelskäufen HGB. II 376 Abs. 1.

10) Siehe oben S. 345[23]. 11) Dernburg Pr. Privatr. 2 § 77[11].

12) Siehe RH. 24 Nr. 46; RG. 14 S. 113.

einen noch größeren Verlust erlitten, z. B. wenn er die Sache solange behalten hätte, bis ihr Preis auf y oder gar noch tiefer gefallen wäre; indes ändert diese Möglichkeit nichts daran, daß im Einzelfall der Verlust x—y eben nicht durch langes Behalten, sondern durch verspätete Lieferung der Sache entstanden ist. — Anders liegt der Fall, wenn der Verkäufer den Gegenbeweis zu führen vermag, daß der Käufer die Sache bis zu ihrem Preissturz nicht bloß vielleicht, sondern bestimmt behalten haben würde; alsdann ist die Schadensrechnung des Käufers als unrichtig dargethan und von einer Schadensersatzpflicht des Verkäufers in Höhe von x—y keine Rede. — Kann der Käufer, wenn die Sache in der Zwischenzeit zwischen dem Beginne des gegnerischen Verzuges und der wirklichen Lieferung einen Wert t, der höher ist als x, erreicht hat, die Differenz t—y ersetzt fordern? Die Frage ist zu bejahen, wenn nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, daß der Käufer die Sache zum Preise t veräußert haben würde.[13])

b) Natürlich kann aber der Käufer den ihm zu ersetzenden Schaden noch in anderer, konkreter Art berechnen: er hat z. B. die Sache unter Festsetzung einer Vertragsstrafe bei unpünktlicher Lieferung weiter veräußert und mußte, da er infolge der verspäteten Lieferung des Verkäufers die Sache nicht rechtzeitig an seinen Abkäufer liefern konnte, die Strafe wirklich zahlen; alsdann besteht der ihm zu erstattende Schaden (mindestens) in der Vertragsstrafe.

Hier kommt aber einschränkend die Regel von BGB. 254 Abs. 2 in Betracht. Der Käufer muß also den Verkäufer rechtzeitig darauf aufmerksam machen, daß er bei unpünktlicher Lieferung eine Strafe zu zahlen habe, und muß ferner suchen, die Ware sich anderweit, durch einen Deckungskauf[14]), zu verschaffen, um den Verfall der Strafe thunlichst zu vermeiden. Nimmt der Käufer in einem derartigen Fall einen Deckungskauf wirklich vor, so ist ihm (wenigstens unter Umständen) der Unterschied zwischen dem bei diesem Kauf und dem beim ursprünglichen Kauf bedungenen Preise zu erstatten; der Deckungskauf spielt also nicht bloß, wie später zu zeigen, bei der Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichtlieferung, sondern auch bei der Berechnung des Schadensersatzes wegen verspäteter Lieferung eine Rolle.[15])

5. Fordert der Käufer Schadensersatz wegen Nichtlieferung der Kaufsache, so muß er darthun, welcher Schaden ihm dadurch entstanden ist, daß er die Sache garnicht bekommen hat.

a) Auch hier kann der Käufer abstrakt rechnen, durch Vergleich zweier Werte der zu liefernden Sache. Doch kommen hier andere Werte in Betracht, als die, welche der Berechnung des Schadens wegen verspäteter Lieferung zu Grunde gelegt werden: nämlich der beim Kaufabschluß in Gestalt des Kaufpreises vertragsmäßig festgesetzte Wert (m) und der Wert, den die Sache an dem Tage gehabt hat, an welchem der Käufer das Recht auf Nachlieferung verlor (n); ist letzterer Wert höher als ersterer, so stellt der Unterschied (n—m) den dem Käufer zu erstattenden Schaden dar.

Der als Minuendus anzusetzende Wert n ist, 1. wenn dem Verkäufer eine Nachfrist zustand, der Wert am ersten auf die Nachfrist folgenden Tage, 2. wenn dem Verkäufer keine Nachfrist zustand, der Wert des Tages, an dem der Verkäufer die Zurückweisung der Nachlieferung erklärt hat. Denn erst mit diesem Tage steht fest, daß die Nachlieferung unterbleibt; auf diesen Tag ist also die abstrakte Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichtlieferung zu beziehen. — Ist übrigens der Wert der Kaufsache an dem Tage, an dem der Lieferungs-

13) BGB. 252. 14) Siehe unten S. 403, 1.
15) Siehe freilich RH. 24 Nr. 46; RG. 14 S. 112.

verzug des Verkäufers begann (x), höher als n, so kann der Käufer neben dem Schadensersatz wegen Nichtlieferung auch noch als Schadensersatz wegen Verspätung den Unterschied dieser beiden Werte fordern (n—m+x—n=x—m). Das Ergebnis ist also, daß der Käufer die Wahl hat, ob er als Minuendus seiner Schadensrechnung den Wert n oder den Wert x einstellen will. — Kann der Käufer auch einen noch höheren Wert, den die Sache etwa während des Laufs der Nachfrist vorübergehend erreicht hat, in Rechnung stellen? Hier gilt die gleiche Regel, wie beim Schadensersatze wegen verspäteter Lieferung (s. oben zu 4a). — Die abstrakte Schadensersatzrechnung wegen Nichtlieferung der Kaufsache ist im Gesetz nur für Fix-Handelskäufe ausdrücklich zugelassen [16]), muß aber auch für andere Käufe gelten.[17]) Die Gründe sind ähnlich wie die oben bei Anm. 12 genannten. — Bei der Regel zu a. ist vorausgesetzt, daß der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat; trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ändert sich die Schadensersatzrechnung wesentlich: s. unten zu 7b.

b) Der Käufer kann seinen Schadensersatzanspruch aber auch hier konkret berechnen. Am leichtesten wird dies dadurch geschehen, daß er einen Deckungskauf vornimmt, d. h. daß er die Sachen, mit deren Lieferung ihn der Verkäufer im Stich gelassen, anderweit anschafft. Wenn nämlich der bei dem ursprünglichen Kaufe bedungene Preis (m) niedriger ist, als der Preis des Deckungskaufs zuzüglich der Ausgaben an Maklergebühr, Stempel u. s. f. (o), so kann der Käufer den Unterschied der beiden Preise (o—m) als seinen konkreten Schaden liquidieren. Dagegen ist im umgekehrten Falle, wenn der Preis des Deckungskaufs niedriger ist als der des ursprünglichen Kaufs, davon keine Rede, daß der Käufer den Preisunterschied (m—o) etwa an den ersten Verkäufer ausliefern müßte. Er kann vielmehr, während er den ungünstig verlaufenden Deckungskauf auf des ersten Verkäufers Rechnung überträgt, den günstig verlaufenden für eigne Rechnung behalten. Damit in Zusammenhang steht der Satz, daß der Käufer nach freier Willkür entscheidet, ob er überhaupt zum Deckungskaufe schreitet; er kann also ebensogut von anderweiter Anschaffung der Kaufsache gänzlich absehen und trotzdem Schadensersatz wegen Nichtlieferung der Sache fordern. — Der Käufer muß darthun, daß er bei Vornahme des Deckungskaufs die Interessen des ersten Verkäufers mit gebührender Sorgfalt berücksichtigt habe, namentlich was die Wahl des Orts und der Zeit des Deckungskaufs und die Höhe des Kaufpreises betrifft. Dagegen ist er an die Einhaltung irgend welcher Kaufformalitäten nicht gebunden [18]): er braucht z. B. die Vornahme des Deckungsverkaufs dem ersten Verkäufer nicht vorher anzudrohen.

Die Schadensrechnung auf Grund eines Deckungskaufs wird oft zu dem nämlichen Ergebnis führen, wie eine abstrakte Schadensrechnung, dann nämlich, wenn n=o ist, d. h. wenn der Preis des Deckungskaufs mit dem Werte der Kaufsache zu der Zeit, da der Käufer das Recht auf Nachlieferung der Sache verlor, übereinstimmt; der Deckungskauf ist dann gleichsam die Probe auf das Exempel; er zeigt, daß die abstrakte Schadensrechnung auch in concreto zutreffend war. Doch kann das Ergebnis beider Rechnungsarten auch sehr verschieden sein. Einmal treten, wie schon oben angedeutet, wenn es zu einem Deckungskaufe kommt, zu dessen Preise häufig Unkosten hinzu, während die abstrakte Rechnung kostenfrei ist. Zweitens kann

16) HGB. II 376 Abs. 2.

17) RH. 11 Nr. 38, 60; RG. 4 S. 4.

18) Ausnahme beim Fix-Handelskauf: HGB. II, 376 Abs. 4.

auch abgesehen hiervon der Preis des Deckungskaufs höher oder niedriger als n sein, namentlich, wenn der Deckungskauf unter besonders günstigen oder besonders ungünstigen Umständen abgeschlossen worden ist. — Daß der Käufer sein Verfahren beim Deckungskauf rechtfertigen muß, beruht nicht auf BGB. 254, da hier sicher die Beweislast dem Schadensersatzschuldner zugeteilt wird, sondern darauf, daß ein vom Käufer willkürlich und launenhaft abgeschlossener Deckungskauf nicht in zwingendem ursächlichem Zusammenhang mit dem Lieferungsverzuge des ersten Verkäufers stehen würde: es ist durchaus die gleiche Rechtslage, wie wenn ein Verwundeter von dem Verletzer Erstattung der Kosten seiner Badereise fordert.

6. Der Käufer kann auch dann, wenn er wegen des Lieferungsverzuges des Verkäufers vom Vertrage ganz zurücktritt, Schadensersatzansprüche geltend machen; er darf aber alsdann nur sein negatives Vertragsinteresse liquidieren.[19]) Beispiel: A. hat von B. ein Landgut gekauft; infolge des Kaufs hat er dem Makler C. eine Provision bezahlt, hat auch den Stempel für den Vertrag ausgelegt, hat eine Reise machen müssen, um zu dem mit B. vereinbarten Auflassungstermin zu erscheinen u. s. w.; alle diese Auslagen sind ihm im Falle des Rücktritts von B. zu vergüten.

7. Was wird aus den dem Käufer obliegenden Gegenleistungen, insbesondere der Bezahlung des Kaufpreises, wenn der Verkäufer in Lieferungsverzug gerät?

a) Fordert der Käufer Nachlieferung der Sache, so bleibt seine Verpflichtung voll in Kraft, es sei denn, daß seine Kaufpreisschuld gegen den vom Verkäufer zu leistenden Schadensersatz (wegen verspäteter Lieferung) ganz oder teilweise aufgerechnet werden kann.

b) Fordert er statt der Nachlieferung Schadensersatz wegen Nichtlieferung, so bleibt seine Verpflichtung so weit in Kraft, als er seine Gegenleistungen vollzogen hat: er kann also den bereits gezahlten Kaufpreis nicht zurückfordern. Dagegen wird er von seinen Gegenleistungen befreit, soweit diese noch ausstehen; denn er braucht ja nur zu leisten, wenn der Verkäufer liefert; hier aber steht fest, daß der Verkäufer nicht liefern wird; und daß die Leistung des Schadensersatzes wegen Nichtlieferung der Lieferung rechtlich gleichstände, hat das Gesetz nirgends bestimmt[20]); wohl aber muß der Käufer alles, was er durch Unterlassung der Gegenleistung erspart, von dem ihm zu erstattenden Schaden in Abzug bringen.

c) Tritt er von dem Vertrage zurück, so wird er von seinen Verpflichtungen in jedem Falle frei; er kann also auch den bereits gezahlten Kaufpreis zurückfordern.

Beispiel. A. verkauft dem B. eine Partie Wolle „ohne Gewähr" für 7500 Mk., gerät aber in Lieferungsverzug und versäumt auch die Nachfrist; B. fordert nun Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da er den Wert der Wolle auf 8000 Mk. schätzt; in Wirklichkeit ist aber die Wolle so schlecht, daß ihr Wert bloß 5000 Mk. ausmacht. Hat B. den Kaufpreis bereits bezahlt, so kann er als seinen Schaden nur 5000 Mk. liquidieren, muß also $^1/_3$ des Kaufpreises dem säumigen A. belassen; hat er dagegen den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so kann er Schadensersatz überhaupt nicht fordern, da sein Schaden durch den rückständigen Kaufpreis voll ausgeglichen wird; den Überschuß des Kaufpreises über den Schaden (2500 Mk.) braucht er dagegen an den Verkäufer nicht auszuzahlen. — Im ersteren Fall (der Kaufpreis war bereits bezahlt) hätte B. besser daran gethan, vom Vertrage ganz zurückzutreten: dann hätte er seine 7500 Mk. voll zurückbekommen; freilich wäre ihm alsdann, falls seine Schätzung

19) Siehe oben S. 92[3]. 20) Abw. Planck Anm. 1a zu § 325.

der Wolle auf 8000 Mk. zutreffend gewesen wäre, der Schadensersatz von 500 Mk. entgangen. Im zweiten Fall führt dagegen der Rücktritt vom Vertrage zum gleichen Ergebnis wie die Forderung von Schadensersatz wegen Nichtlieferung.

8. Betrifft der Verzug des Verkäufers nur einen Teil der von ihm zu liefernden Sache, so ist zu unterscheiden wie folgt.

a) Die Sache ist teilbar; dann kann der Käufer nur wegen des Teiles, mit dessen Übergabe der Verkäufer in Verzug geraten, vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern; dementsprechend kommt auch die dem Käufer obliegende Gegenleistung [21]) nur teilweise in Fortfall. Ist jedoch im Einzelfall die Lieferung des Überrests, mag sie bereits erfolgt sein oder (mit hinausgeschobener Lieferzeit) noch ausstehn, für den Käufer ganz ohne Interesse, so kann der Käufer — unter Rückgabe der etwa vom Verkäufer bereits vollzogenen Teilleistung — Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen oder von dem Vertrage ganz zurücktreten [22]); alsdann kommt auch die dem Käufer obliegende Gegenleistung ganz in Fortfall.

Beispiel. Ein Tapetenhändler bestellt in einer Fabrik 100 Rollen einer bestimmten Tapete; der Fabrikant liefert nur 5 Rollen; wenn er die weiteren 95 Rollen nicht nachliefert, kann der Händler auch die bereits gelieferten 5 Rollen als „ohne Interesse" für ihn zurückgeben.

b) Die Sache ist unteilbar; dann kommen nicht die Regeln, welche für teilweise Lieferung, sondern die Regeln, welche für mangelhafte Lieferung gelten (unten § 127 flg.), zur Anwendung.

Beispiel. Fahrradhändler A. liefert dem B. das bestellte Fahrrad pünktlich, jedoch ohne die bei der Bestellung vorgeschriebene Bremse. B. kann von dem ganzen Vertrage (mittels Wandelung) zurücktreten, auch wenn er geständlich die Bremse nie benutzt, also nicht behaupten kann, das Fahrrad ohne Bremse habe kein Interesse für ihn.

IV. Auf den Fall, daß die Übergabe der Kaufsache dem Verkäufer unmöglich wird, ist hier nicht weiter einzugehn. Es genügt der Hinweis auf die allgemeinen bereits früher vorgetragenen Regeln über die Unmöglichkeit der Erfüllung einer Verbindlichkeit [23]), sowie auf die Regeln über den Gefahrübergang. [24])

V. Die Kosten der „Übergabe" treffen den Verkäufer: hierher gehören namentlich, wenn eine Sache nach Maß oder Gewicht verkauft ist, die Kosten des Messens und Wägens. [25]) Dagegen fallen die Kosten der „Abnahme" dem Käufer zur Last, z. B. die Kosten der Untersuchung einer nach Probe gekauften Ware auf ihre probemäßige Beschaffenheit.

VI. Entsteht ein Streit darüber, ob der Verkäufer seiner Übergabepflicht genügt hat, so trifft nach allgemeiner Regel die Beweislast den Verkäufer. [26])

---

21) In dem Falle 7 b, c.

22) Abw. Pr. LR. I, 11 § 210 bezüglich der vom Käufer bereits angenommenen Teilleistung des Verkäufers. 23) Siehe oben S. 333 II. 24) Siehe oben S. 394 flg.

25) BGB. 448 Abs. 1. 26) S. oben S. 351, 1.

VII. Die Übergabepflicht des Verkäufers kann vertragsmäßig abgeändert werden. Der Käufer giebt sich z. B. damit zufrieden, daß der Verkäufer ihm bloß den mittelbaren Besitz, etwa durch Besitzvertretung, gewährt, oder unternimmt es, sich den Besitz der erkauften Sache eigenmächtig zu verschaffen, oder verzichtet auf die Mitlieferung des Zubehörs der Kaufsache u. dergl.

VIII. Von Rechtswegen ist der Verkäufer von der Übergabepflicht frei, wenn der Käufer sich bereits anderweit in den Besitz der Kaufsache gesetzt hat.[27])

Forts. Ort der Übergabe. Versendungskauf.

§ 124.

1. a) Die Übergabe beweglicher Sachen hat da zu erfolgen, wo der Verkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses seinen Wohn- oder Geschäftssitz hatte: der Käufer muß also die Kaufsache beim Verkäufer holen.[1])

b) So die gesetzliche Regel. Die Parteien bestimmen aber überaus häufig ein anderes. So wird oft verabredet, daß der Käufer die Kaufsache nicht am Wohn- oder Geschäftssitze des Verkäufers, sondern an einem anderen Orte abholen soll, z. B. da, wo die Sache sich zur Zeit des Kaufabschlusses befunden hat. Oder es wird dem Käufer die Abholung ganz erlassen und statt dessen vereinbart, daß der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer zusenden soll. In letzterem Falle sprechen wir von einem Versendungskauf, während wir jeden Kauf, bei dem der Käufer holen muß, als Abholungskauf bezeichnen.

Im Handelsverkehr ist die Zusendung der Ware seitens des Verkäufers an den Käufer so allgemein gebräuchlich, daß man leicht geneigt, die Versendungspflicht des Verkäufers als stillschweigend vereinbart zu unterstellen. Indes muß man mit dieser Unterstellung doch vorsichtig sein, namentlich wenn nur der Käufer, nicht der Verkäufer, Kaufmann ist oder wenn der Käufer an einem Orte ohne regelmäßige Frachtverbindung wohnt. Und jedenfalls darf ein Handelsbrauch, welcher den Verkäufer auch ohne besondere Zusage zur Versendung der Ware nötigt, nicht auf den bürgerlichen Verkehr übertragen werde. Wenn also z. B. ein Beamter bei seiner Versetzung alte Möbel an einen benachbarten Gutsbesitzer verkauft, so ist es zweifellos, daß nicht jener schicken, sondern dieser holen muß.[2])

2. Für den Versendungskauf gelten folgende Regeln.

a) Der gesetzliche Erfüllungsort für die Verpflichtungen des Verkäufers wird dadurch, daß dieser die Versendung der Sache an einen bestimmten Ort übernimmt, nicht etwa an diesen Ort verlegt, sondern verbleibt da, wo er sein würde, wenn der Verkäufer die Versendung nicht übernommen hätte, also im Zweifel am Wohn- oder Geschäftssitze des Verkäufers. Diese Regel erklärt sich dadurch, daß die Versendungspflicht eine bloße Nebenverpflichtung des Verkäufers ist.[3]) In der That sind es meistens nur nebensächliche Zweck-

---

27) Siehe BGB. 929 Satz 2. 1) Siehe oben S. 381, 1. 2) Endemann § 160[8].
3) Analog der Bestimmung im BGB. 270 (oben S. 339, 2).

mäßigkeitsgründe, die den Verkäufer veranlassen, dem Käufer die Mühe des Abholens zu ersparen: der Schwerpunkt der Verkäuferobligation bleibt also da, wo der Verkäufer wohnt oder sein Geschäft hat; hier ist es, wo er sich um die Beschaffung und Bereitstellung der Kaufsache bemühen muß („gewöhnlicher Versendungskauf"). — Indessen kann ausnahmsweise auch das Gegenteil vereinbart werden: die Parteien können nämlich die Zusendung der Ware derart in den Vordergrund stellen, daß der Schwerpunkt der Verkäuferobligation und damit auch der Erfüllungsort wirklich an den Bestimmungsort der Kaufsache verlegt wird. Doch ist eine derartige Vereinbarung („qualifizierter Versendungskauf") daraus allein, daß der Verkäufer die Kosten der Zusendung übernimmt, noch nicht zu folgern.[4])

Ein qualifizierter Versendungskauf wird im allgemeinen nur dann anzunehmen sein, wenn er ausdrücklich vereinbart ist; ein Bauherr auf dem Lande kauft z. B. das Baumaterial mit der Klausel „Erfüllungsort das Baugrundstück." — Sehr häufig sind Verbindungen des qualifizierten und des gewöhnlichen Versendungskaufs, ja sogar außerdem des Abholungskaufs; ein Fabrikant in der Nähe von Kannstadt verkauft z. B. eine Dreschmaschine an einen Gutsbesitzer in der Nähe von Hall mit der Klausel „ab Bahnhof Kannstadt, abzunehmen Bahnhof Hall"' d. h. der Kauf ist bis zum Bahnhof Kannstadt qualifizierter, von da ab bis Bahnhof Hall gewöhnlicher Versendungs-, von da ab bis zum Gute des Käufers Abholungskauf.

b) Der Gefahrübergang findet beim gewöhnlichen Versendungskauf, wie bereits früher erwähnt[5]), nicht erst mit der Übergabe, sondern schon mit der Absendung der Kaufsache statt: insbesondere gehen also solche Zufälle, welche die Kaufsache gerade während der Versendung treffen, auf des Käufers Gefahr. Der gesetzliche Ausdruck dieser Regel ist: „die Gefahr geht auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat." [6])

Diese Formulierung, welche das bürgerliche Gesetzbuch dem HGB. I, 345 entlehnt hat, erscheint peinlich genau, ist aber in Wirklichkeit recht ungenau. Denn sie umfaßt den Fall nicht, daß der Verkäufer die Versendung in eigener Person besorgt: hier ist der Gefahrübergang offenbar auf den Augenblick, da der Verkäufer mit der Versendung beginnt, zu beziehen. Das Gleiche muß gelten, wenn der Verkäufer die Versendung zwar nicht in eigener Person, aber durch seine Angestellten ausführte: nicht der Augenblick ist maßgebend, in dem der Verkäufer die Sache seinem Laufburschen zum Wegbringen übergiebt, sondern der Augenblick, in dem der Laufbursche das Wegbringen thatsächlich anfängt.

Die Regel gilt nach dem Wortlaute des Gesetzes nur, wenn die Versendung „auf Verlangen des Käufers" erfolgt[7]); doch ist dies Verlangen, sobald der Verkäufer sich zur Versendung verpflichtet hat, ohne weiteres zu unterstellen, es sei denn, daß der Käufer die Versendung verboten oder sich nähere Anweisungen vorbehalten hat; über solche Ausnahmefälle s. unten zu c.

Die Regel gilt nicht bloß, wenn die Versendung von einer Ortschaft in die andere erfolgt, sondern auch für die Versendung innerhalb der nämlichen Ortschaft, z. B. vom Laden des Verkäufers bis zur Wohnung des Käufers.

Die Gefahr kehrt vom Käufer wieder zum Verkäufer zurück, sobald die Versendung der

---

4) BGB. 269 Abs. 3. Ebenso HGB. I, 345 Abs. 2. 5) Siehe oben S. 395.
6) BGB. 447 Abs. 1. 7) BGB. 447. Anders dem Wortlaute nach HGB. I, 345.

Sache unterbrochen wird, vorausgesetzt, daß die Unterbrechung auf einem Verschulden des Verkäufers oder auf einem seiner besonderen Interessensphäre entspringenden Zufall, nicht aber auf einem anders gearteten Zufall oder auf einem Verschulden des Käufers beruht.[8]) Beispiel: A. hat eine Ladung Dynamit durch Kahn an den Käufer B. abgesendet; unterwegs wird Schiff und Ladung auf Grund einer falschen gegen A. gerichteten Anzeige eines Dritten polizeilich mit Beschlag belegt; noch ehe die Beschlagnahme aufgehoben wird, sinkt der Kahn und die Ladung geht verloren; die Gefahr dieses Unfalls muß der Verkäufer tragen; die Beschlagnahme ist freilich weder von ihm noch von seinen Gehülfen verschuldet, also ein reiner Zufall; immerhin geht der Zufall ihn allein an: seinetwegen ist die Versendung des Transports unterbrochen worden; während einer derartigen Unterbrechung kann die Gefahr des Dynamits nicht auf dem Käufer lasten. — Giebt der Verkäufer die Versendung der Sache endgültig auf, so kehrt die Gefahr gleichfalls zu ihm zurück, es sei denn, daß der Käufer sich im Annahmeverzug befindet.

Dagegen steht der qualifizierte Versendungskauf, was den Gefahrübergang betrifft, unter der allgemeinen auch für den Abholungskauf geltenden Regel: die Gefahr geht erst mit der Übergabe auf den Käufer über, d. h. dann, wenn der Käufer die Sache am Bestimmungsorte in Empfang nimmt.[9])

c) Sowohl beim gewöhnlichen wie beim qualifizierten Versendungskauf ist der Verkäufer verpflichtet, die Versendung mit aller Sorgfalt auszuführen, also die Sache, wenn es erforderlich ist, ordnungsmäßig zu verpacken, den Frachtführer gehörig auszusuchen u. s. w. Dabei muß er auch die besonderen Anweisungen, die der Käufer ihm über die Art der Versendung erteilt hat, genau beachten, es sei denn, daß dringende Gründe eine Abweichung von den Anweisungen gebieten. Verletzt der Verkäufer diese Verpflichtungen, so muß er allen aus seiner Sorglosigkeit oder Eigenmächtigkeit erwachsenden Schaden dem Käufer ersetzen.[10])

Natürlich ist die Meinung des Gesetzes nicht, daß der Verkäufer sämtliche Anweisungen des Käufers bezüglich der Versendung der Sache positiv befolgen müßte; vielmehr kann er Anweisungen, die vertragswidrig sind oder ihn ungewöhnlich belasten (z. B. daß er den verkauften Kronleuchter auf dem Transport persönlich begleiten solle), den Gehorsam weigern; nur muß er alsdann, wenn nicht wichtige Gründe seine Eigenmächtigkeit rechtfertigen, die Versendung ganz unterlassen.

Die Pflicht zur sorgfältigen Versendung ist auch beim qualifizierten Versendungskauf wichtig. Allerdings trifft hier den Verkäufer ohnehin die Versendungsgefahr. Dieser Satz bedeutet indes nur, daß bei einem der Sache während der Versendung zustoßenden Unfall der Verkäufer den Anspruch auf den Kaufpreis verliert. Wenn er aber einen derartigen Unfall durch seine Sorglosigkeit selber verursacht, verliert er nicht bloß den Kaufpreis, sondern ist außerdem schadensersatzpflichtig.

Der Verkäufer haftet für die Erfüllung seiner Versendungspflicht nicht als Spediteur oder Frachtführer, sondern lediglich als Verkäufer, erfreut sich also z. B. nicht der kurzen Verjährung aus HGB. II 414.

d) Die Nutzungen der Kaufsache gehen auf den Käufer nicht schon mit der Absendung über[11]), sondern erst dann, wenn der Käufer die Kaufsache am Bestimmungsort in Empfang nimmt.[12]) Damit wird also (wenigstens beim gewöhnlichen Versendungskauf) der Satz verlassen, daß Vorteil und Gefahr der Kaufsache zugleich auf den Käufer übergehn.[13]) Doch wird häufig eine entgegenstehende Parteivereinbarung zu unterstellen sein; wenn z. B. eine

---

8) Im Gesetze ist dieser Fall nicht geregelt.
9) Oder in Empfangsverzug gerät.
10) BGB. 447 Abs. 2. Ähnlich HGB. I, 344.
11) BGB. 446.
12) Oder in Empfangsverzug gerät: BGB. 302.
13) Siehe oben S. 399[1].

hochtragende Kuh verkauft und dem Käufer zugetrieben wird, unterwegs zwei Kälber wirft und dabei zu Grunde geht, während die Kälber am Leben bleiben, muß der Käufer die Kuh bezahlen, darf aber (nach der Parteiabsicht) die Kälber umsonst behalten.

e) Macht der Käufer wegen Lieferungsverzugs des Verkäufers Schadensersatzansprüche geltend, so ist der maßgebende Ort für die Interessenliquidation der Bestimmungs-, nicht der Absendungsort.[14])

3. Von dem eigentlichen Versendungskauf, bei welchem der Verkäufer zur Zusendung der Kaufsache an den Käufer verpflichtet ist, haben wir den Kauf, bei welchem der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer thatsächlich aus freien Stücken zusendet, scharf zu unterscheiden. Immerhin wird dieser freiwillige Versendungskauf in einigen Beziehungen dem Pflicht-Versendungskauf gleichgestellt.

a) Dies gilt zunächst für den Übergang der Gefahr der Kaufsache: wenigstens dann, wenn der Verkäufer die Sache auf Verlangen des Käufers versendet, geht die Gefahr schon mit der Absendung auf den Käufer über.[15]) Anders dagegen, wenn der Verkäufer die Sache aus eigenem Antriebe abgeschickt hat, sei es nun mit Ermächtigung des Käufers, sei es eigenmächtig: hier geht die Gefahr erst über, wenn der Käufer die Sache empfängt.

b) Ebenso ist die Regel 2 c auf den freiwilligen Versendungskauf anwendbar: der Verkäufer soll die Versendung, wenn er sie überhaupt ausführt, sorgfältig ausführen.[16])

c) Ebenso ist die Regel 2 d anwendbar.

d) Dagegen sind die Regeln 2 a und 2 e unanwendbar.

4. Die Kosten der Versendung — wozu im Zweifel auch die Verpackungskosten gehören — fallen dem Käufer zur Last beim gewöhnlichen Versendungskauf, sowie dann, wenn der Verkäufer die Versendung freiwillig, aber auf Verlangen des Käufers vornahm.[17]) In allen anderen Fällen hat die Versendungskosten der Verkäufer zu tragen.

5. Verkaufte Grundstücke sind an Ort und Stelle zu übergeben, also nicht z. B. durch bloßen Briefwechsel.

β. Lastenfreie Übereignung der Kaufsache.

§ 125.

I. 1. Mit der Übergabe, d. h. mit der Übertragung des Besitzes der Sache auf den Käufer hat der Verkäufer seine Verpflichtungen noch nicht vollständig erfüllt. Vielmehr hat er dem Käufer außer dem Besitze auch das lastenfreie Eigentum der Kaufsache zu verschaffen.[1])

2. Diese Regel scheint nach unserem modernen Rechtsbewußtsein einfach selbstverständlich zu sein und ist denn auch bereits im preußischen Landrecht unzweideutig ausgesprochen.[2]) Dennoch ist sie dem römischen Rechte[3]) fremd.[4]) Hier genügt nämlich der Verkäufer seinen Verpflichtungen, wenn er den Käufer

---

14) R.H. 21 Nr. 80; RG. 6 S. 27. 15) BGB. 447 Abs. 1.
16) BGB. 447 Abs. 2. 17) BGB. 448. 1) BGB. 433, 434.
2) Pr. LR. I, 11 § 1, 135, 136; Dernb. Pr. Privatr. 2 § 148.
3) Bekker, Jahrb. f. d. gem. R. 6 S. 229; Eck, Verpfl. d. Verk.s z. Gewährung d. Eigentums (74).
4) Ähnlich das französische und sächsische Recht. Förtsch S. 246; sächs. b. GB. 1082, 930 flg.

gegen eine Eviktion (Entwehrung) der Kaufsache durch dritte Personen schützt. Das will besagen: der Käufer kann nicht fordern, daß der Verkäufer ihm das freie Eigentum der Kaufsache verschafft, sondern muß sich zunächst damit zufrieden geben, wenn die Kaufsache im Eigentum eines Dritten verharrt oder mit Pfandrechten oder ähnlichen Befugnissen Dritter belastet bleibt; seine Rechtslage ist zwar alsdann eine sehr schlechte; denn der Drittberechtigte kann ja in jedem Augenblicke hervortreten und ihm die Sache entreißen; dennoch kann der Käufer eine Besserung seiner Rechtslage, die Beseitigung der seitens des Dritten drohenden Gefahr von dem Verkäufer nicht beanspruchen; erst dann, wenn der Dritte die Sache wirklich evinziert (entwehrt), d. h. wenn er im Prozeßwege seine Ansprüche auf die Sache thatsächlich durchsetzt, wird der Käufer zum Rückgriff auf den Verkäufer berechtigt, und auch dies nur dann, wenn er in dem zwischen ihm und dem Dritten geführten Prozeß dem Verkäufer formell den Streit verkündigt hat.[5] Das preußische Landrecht und nun auch das bürgerliche Gesetzbuch nötigen dagegen den Käufer nicht, eine derartige Eviktion abzuwarten.[6] Sie geben ihm vielmehr die Befugnis, den Verkäufer sofort haftbar zu machen, sobald das bessere Recht des Dritten festgestellt werden kann, mag der Dritte auch nicht zu ermitteln sein oder aus Unkenntnis der Sachlage, Bequemlichkeit, Unentschlossenheit eine Eviktion garnicht beabsichtigen: beweist doch schon das bloße Dasein der Rechte des Dritten, daß der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt hat. Sonach ist auch ein Prozeß zwischen dem Dritten und dem Käufer und eine Streitverkündigung an den Verkäufer nicht nötig. Das preußische Landrecht und das bürgerliche Gesetzbuch ist also dem Käufer unvergleichlich günstiger als das römische Recht.

3. Auf der anderen Seite ist im bürgerlichen Gesetzbuch die Haftung des Verkäufers gegen das römische Recht auch wieder sehr erleichtert. Im römischen Rechte bestand nämlich die Eviktionsgefahr nahezu in allen Fällen, in welchen die Kaufsache nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten gehörte: denn der Dritte verlor ja sein Eigentum dadurch nicht, daß seine Sache von einem Unbefugten verkauft und dem Käufer übergeben wurde, konnte also gegen den Käufer als Evinzent auftreten. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist dagegen bei Redlichkeit des Käufers der Verkäufer in jenen zahlreichen, praktisch so wichtigen Fällen haftfrei, in denen sein mangelndes Eigentum durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs oder durch die Regel „Hand wahre Hand" ausgeglichen wird. Denn hier leistet er ja dem Käufer alles, was dieser verlangen kann: er schafft ihm, da durch seine Verfügung das Eigentum des Dritten erlischt, das (lastenfreie) Eigentum der Kaufsache. So wird also fortab die Haftung des Verkäufers im wesentlichen auf folgende Fälle beschränkt, in welchen

5) Über gewisse Fälle, die im römischen Rechte der Eviktion gleichgestellt werden, s. Eck a. a. O.

6) Siehe freilich unten S. 414 I. Abs. und S. 417 VIII, 2.

weder der öffentliche Glaube des Grundbuchs noch der Satz „Hand wahre Hand" Platz greift:

a) der Verkäufer verzögert die Auflassung oder Übergabe der Kaufsache;

b) er nimmt sie zwar vor, schafft aber trotzdem dem Käufer kein (lastenfreies) Eigentum, weil dieser in der Zeit zwischen dem Kaufabschluß und der Auflassung oder Übergabe den Mangel im Rechte seines Verkäufers erfahren hat oder weil die Kaufsache dem wahren Berechtigten gestohlen oder sonst abhanden gekommen war.

4. Zu der Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, tritt die weitere Pflicht hinzu, dem Käufer über alle die Sache betreffenden rechtlichen Verhältnisse die nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise dieser Rechtsverhältnisse dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze finden, auszuliefern; erstreckt sich der Inhalt einer solchen Urkunde auch auf andere Angelegenheiten, so braucht der Verkäufer nur eine öffentlich beglaubigte Abschrift und, falls dies genügt, sogar nur einen Auszug aus der Urkunde zu erteilen. — Am wichtigsten ist diese Verpflichtung beim Verkaufe von Grundstücken: sie bezieht sich hier auf die Grenzen des Grundstückes, auf etwaige zu dem Grundstück aktiv gehörige Grundgerechtigkeiten, auf die Abgaben[7]) u. s. w.

II. 1. Die Pflicht des Verkäufers dem Käufer das lastenfreie Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, gilt auch dann, wenn der Verkäufer selber nicht Eigentümer oder doch nicht freier Eigentümer der Sache ist. In diesem Falle hat die Pflicht sogar praktisch ihre Hauptbedeutung, eben weil sie schwer zu erfüllen ist; zumeist beruht denn auch thatsächlich die Nichterfüllung der Pflicht auf einem „Mangel im Rechte", nämlich auf einem Mangel freien Eigentums auf seiten des Verkäufers.

2. Liegt ein derartiger „Mangel im Recht" vor, so kann der Käufer den Verkäufer anhalten, den Mangel zu beseitigen z. B. die einem Dritten gehörige Sache dem Dritten abzukaufen, die zu Gunsten des Dritten auf der Sache ruhenden Hypotheken abzulösen u. s. w. So auch dann, wenn der Verkäufer diese ihm gestellte Aufgabe garnicht zu erfüllen imstande ist: der dritte Eigentümer verweigert z. B. den Verkauf der Sache, der Hypothekengläubiger lehnt die vorzeitige Ablösung seiner auf zehn Jahre unkündbaren Hypotheken ab. Denn das Gesetz geht von der Anschauung aus, daß der Verkäufer dem Käufer für die Beschaffung des freien Eigentums der Sache unbedingt einzustehen hat.

3. a) Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das freie Eigentum der Sache zu verschaffen, gilt auch dann, wenn der Verkäufer den Mangel seines Rechts nicht gekannt hat und nicht hat kennen können, er hat z. B. eine gestohlene Sache verkauft, ohne daß er zu der Zeit, da er selber die Sache erwarb, oder zu der Zeit, da er sie verkaufte, von dem Diebstahl etwas erfahren hat.

b) Wohl aber fällt die Verpflichtung des Verkäufers fort, wenn der

---

7) BGB. 444.

Mangel seines Rechts zur Zeit des Kaufabschlusses dem **Käufer** bekannt war.[8])

Das besagt ein doppeltes:

α) Wußte der Käufer, daß der Verkäufer nicht Eigentümer der Kaufsache war, so kann er zwar (außer wenn er arglistig gehandelt hat) fordern, daß der Verkäufer sich darum bemüht, die Kaufsache ihm, dem Käufer, zu verschaffen; er ist aber rechtlos, wenn die Bemühungen des Verkäufers erfolglos blieben.

β) Wußte der Käufer, daß der Verkäufer zwar Eigentümer der Kaufsache war, daß aber auf der Sache Rechte eines Dritten, z. B. eine Wegegerechtigkeit, lasteten, so kann er im Zweifel nicht einmal verlangen, daß der Verkäufer sich um die Wegschaffung dieser Lasten bemüht, sondern muß die Sache einfach mit den Lasten übernehmen.

Auch noch in einer anderen Beziehung besteht zwischen den Fällen zu α und β ein Unterschied: macht der Dritte sein Recht an der Kaufsache erfolgreich geltend, so wird der Käufer (vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung) in den Fällen zu α den Kaufpreis zurückfordern können[9]), während er in den Fällen zu β nicht einmal einen Abzug am Preise machen darf.

Kennenmüssen steht dem Kennen **nicht** gleich! Deshalb gilt die Regel zu b bei Lasten, die im Grundbuche eingetragen stehen, nur dann, wenn der Käufer die Eintragung erweislich gekannt hat; daß der Käufer die Lasten durch Einsicht in das Grundbuch hätte in Erfahrung bringen können, genügt nicht.

c) Die Regel zu b erleidet eine Ausnahme, wenn der Mangel im Rechte des Verkäufers darin bestand, daß auf der Sache eine Hypothek, eine Grund- oder Rentenschuld oder ein Pfandrecht ruhte. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Beseitigung dieser Lasten gilt also selbst bei Sachkenntnis des Käufers. Das Gesetz hält es eben für selbstverständlich, daß der Verkäufer die Sache dem Käufer hypotheken- und pfandfrei zu liefern hat. Der Käufer braucht sich also die Beseitigung der Hypotheken- und Pfandrechte, auch wenn er diese Lasten zur Zeit des Kaufes gekannt hat, nicht besonders auszubedingen.[10])

4. Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer lastenfreies Eigentum zu verschaffen, wird dadurch nicht hinfällig, daß der Mangel in seinem Rechte erst nach dem Kaufabschlusse oder gar erst nach der Übergabe der Kaufsache, — also nachdem bereits die Gefahr der Sache auf den Käufer übergangen ist! — eintritt. Wenn also z. B. in der Zeit zwischen Übergabe und Auflassung (etwa durch Enteignung zu Gunsten eines benachbarten Bergwerksbesitzers) ein dingliches Recht an dem verkauften Grundstücke begründet wird, ist der Käufer zum Rücktritt vom Vertrage befugt.[11])

5. Die Verpflichtung des Verkäufers, die Sache dem Käufer lastenfrei zu liefern, bezieht sich beim Grundstückskauf ausnahmsweise auf solche Lasten nicht, die „**öffentlich**" sind, d. h. zu Gunsten des Staats oder eines sonstigen öffentlich-rechtlichen Verbandes (z. B. einer Deichgenossenschaft) bestehen und sich zur Eintragung im Grundbuche nicht eignen.[12])

Sonach sind beim Grundstückskaufe drei Arten von Lasten zu unterscheiden[13]):

a) öffentliche Lasten braucht der Verkäufer garnicht zu vertreten;

b) Hypotheken und Grundschulden muß er immer vertreten;

c) Reallasten, Grundgerechtigkeiten u. dergl. braucht er nur zu vertreten, wenn sie dem Käufer unbekannt waren.

Das stimmt im wesentlichen mit dem jetzigen preußischen Rechte überein. Dagegen weicht das römische Recht zwiefach ab: 1) Hypotheken sind nur zu vertreten, wenn sie dem

8) BGB. 439 Abs. 1. 9) Gemäß BGB. 812 Abs. 1 Satz 2.
10) BGB. 439 Abs. 2. 11) Abw. Dernb. Pr. Pr. 2 § 148, 3.
12) BGB. 436. 13) Endemann § 160, 6.

Käufer unbekannt waren. 2) Grundgerechtigkeiten sind nur zu vertreten, wenn sie den Zusicherungen des Verkäufers widersprechen.[14])

6. Beim Verkaufe von Grundstücken und Schiffen muß der Verkäufer auch solche Rechte, die zwar in Wirklichkeit nicht bestehen, aber im Grundbuch oder Schiffsregister eingetragen sind, auf seine Kosten zur Löschung bringen.[15])

7. Die lastenfreie Übereignung der Sache muß zugleich mit der Übergabe der Sache erfolgen, der Käufer braucht also z. B. die Übergabe des erkauften Grundstücks nicht eher anzunehmen, als bis er im Grundbuche als Eigentümer eingetragen ist und alle auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken gelöscht sind.[16])

III. 1. Gerät der Verkäufer mit der Übereignung der verkauften Sache in Verzug, so gelten im großen und ganzen die nämlichen Regeln, wie wenn der Verkäufer mit der körperlichen Übergabe der Sache in Verzug kommt: der Käufer kann also — abgesehen von seinem Rechte, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern — auf nachträglicher Übereignung der Sache bestehen und dabei Schadensersatz wegen der Verzögerung fordern; er kann aber auch (freilich regelmäßig erst nach Ablauf einer Nachfrist) die nachträgliche Übereignung zurückweisen und entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages verlangen oder vom Kaufvertrage einfach zurücktreten.[17])

Abweichungen des bürgerlichen Gesetzbuchs vom preußischen Recht.

a) Der Verkäufer haftet nach Pr. LR. I, 11 § 155 wegen eines Mangels im Rechte nur im Falle eines Verschuldens auf Schadensersatz, z. B. auf Ersatz der Kosten, die ihm durch den Prozeß mit dem besser berechtigten Dritten erwachsen sind.[18]) Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch ist er dagegen auch dann schadensersatzpflichtig, wenn er in gutem Glauben war; er muß eben einen Mangel im Recht unbedingt vertreten; anders nur dann, wenn der Mangel im Recht erst nach dem Kaufabschluß eintrat, z. B. infolge einer Enteignung.

b) Wenn eine Sache von dem Nichteigentümer A. an B. verkauft und übergeben und darauf von B., obschon er durch diese Rechtsakte das Eigentum der Sache nicht erlangt hatte, an C. verkauft und übergeben worden ist, so kann C. nach Pr. LR. I, 11 § 150 wenigstens im Notfall, nämlich wenn B. in Konkurs verfällt oder auswandert, sich unmittelbar an A. halten. Nach dem bürgerlichen Gesetzbuch kann er dagegen nur den B. belangen.

c) Nach Pr. LR. I, 11 § 222, 223 kann der Verkäufer solange, als seine Gewährschaftspflicht wegen eines Mangels im Rechte oder auch wegen eines Mangels in der Beschaffenheit der Kaufsache streitig ist, die Hinterlegung oder, wenn er Sicherheit bestellt, sogar die Bezahlung des Kaufpreises vom Käufer fordern. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt diese Regel nicht.

2. Besondere Vorschriften gelten nur für den Fall[19]), daß der Verkäufer die verkaufte bewegliche Sache dem Käufer zum Zwecke der Übereignung bereits übergeben hat und nun, da dieser Zweck der Übergabe nicht erreicht ist, der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages beansprucht. In diesem Falle soll nämlich der Käufer nur berechtigt sein:

a) wenn er die Sache dem Verkäufer zurückgewährt; falls er nicht im unmittelbaren Besitze der Sache ist, aber deren Herausgabe von dem unmittelbaren Besitzer (z. B. dem Verwahrer, dem Diebe) fordern kann, genügt statt der Rückgewähr der Sache die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache;

14) Dernb. Pr. Pr. 2 § 141 Nr. 5, 6. 15) BGB. 435.
16) BGB. 266. 17) BGB. 440 Abs. 1.
18) Das ist freilich streitig, s. Eccius § 86[62]. 19) BGB. 440 Abs. 2—4.

b) wenn er die Sache dem wahren Eigentümer mit Rücksicht auf dessen besseres Recht herausgiebt;

c) wenn er von dem wahren Eigentümer beerbt wird;

d) wenn er umgekehrt den wahren Eigentümer beerbt oder dessen Recht anderweit erwirbt oder sich mit ihm abfindet;

e) wenn die Sache untergegangen ist.

Einzelheiten.

Zu a. Der Käufer hat zu beweisen, daß ihm ein Anspruch auf Herausgabe der Sache wirklich zusteht. Auch muß, obschon das Gesetz dies nicht sagt, der Anspruch fällig und unbedingt sein; hat also z. B. der Käufer die Sache verpfändet, so genügt es nicht, daß er dem Verkäufer den Anspruch auf dereinstige Rückgabe des Pfandes abtritt, sondern er muß außerdem seinerseits die Pfandschuld erfüllen.

Zu b—d. Ist die Sache von dem Käufer auf eine andere Person (durch Schenkung, Weiterverkauf, Diebstahl u. s. w.) übergegangen, so genügt es, wenn die zu b—d genannten Thatsachen in der Person des späteren Besitzers eintreten, also z. B. wenn der, dem der Käufer die Sache geschenkt hat, den wahren Eigentümer abfindet.

Zu e. Es kommt hier nicht darauf an, ob der Käufer an dem Untergang der Sache schuld ist oder nicht; deshalb genügt es sogar, wenn der Käufer die Sache absichtlich zerstört, z. B. durch Umgestaltung; nur kann, wenn er schuldhaft gehandelt hat, dem Verkäufer ein Gegenanspruch auf Schadensersatz zustehen. Dem Untergange gleich steht es, wenn die Sache spurlos verschwindet, nicht dagegen, wenn sie durch irgend eine Veränderung entwertet wird.

3. Die Tragweite der Regeln zu 2 wird am deutlichsten, wenn man ihre Kehrseite ins Auge faßt, d. h. wenn man feststellt, wann jenen Regeln zufolge der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht fordern darf. Es handelt sich dabei um zwei Hauptfälle.

a) Der Käufer ist im unmittelbaren Besitze der Sache oder kann die Herausgabe der Sache von dem unmittelbaren Besitzer fordern; er will aber die Sache weder an den Verkäufer noch an den Dritten herausgeben bezw. den Anspruch auf Herausgabe der Sache dem Verkäufer nicht abtreten.[20])

b) Die Sache ist im Besitze eines Anderen, von dem der Käufer die Herausgabe nicht fordern kann; die Sache ist z. B. vom Käufer weiterverkauft oder verschenkt oder von der Polizei mit Beschlag belegt.

Beispiel. Silbersachen, die dem A. gestohlen sind, werden von B. an C. und später von C. an D. verkauft und übergeben. C. ist sowohl von dem Eigentumsanspruch des A. wie von dem Schadensersatzanspruch des D. dringlich bedroht. Trotzdem kann er selber zunächst einen Schadensersatzanspruch gegen B. (wegen Nichterfüllung) nicht erheben. Vielmehr muß er abwarten, entweder bis D. ihm die Sache zurückgiebt oder zur Verfügung stellt, oder bis D. die Sache dem A. herausgiebt, oder bis A. von ihm oder von D. eine Abfindung annimmt, oder bis die Sache bei D. untergeht. Inzwischen ist die unsichere Rechtslage des C. um so peinlicher, als er kein durchgreifendes Mittel hat, die Auseinandersetzung zwischen D. und A. oder zwischen A. und sich selbst zu beschleunigen.

Man bemerkt bei Prüfung des eben erwähnten Falles sofort, daß die Regeln zu 2 und 3 eine Annäherung des bürgerlichen Gesetzbuchs an das römische Eviktionssystem (oben I, 2) darstellen: die bloße Bedrohung des Käufers durch Eviktions- oder Rückgriffsansprüche Dritter genügt als Grundlage eines Rückgriffsrechts des Käufers gegen den Verkäufer noch nicht. Trotzdem ist der Unterschied zwischen dem bürgerlichen Gesetzbuch und dem römischen

---

20) Ohne daß einer der oben zu 2 d genannten Gründe ihm zur Seite stehe.

System immer noch sehr erheblich. I. Die Regeln zu 2 und 3 beschränken nur das Recht des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht auch das Recht auf nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen Verspätung. II. Nach römischem Recht kommt der Käufer aus seiner Ungewißheit nur heraus, wenn er oder sein Abkäufer sich mit dem Bestohlenen einigen; nach dem bürgerlichen Gesetzbuch genügt es dagegen, wenn er sich auch bloß mit dem Abkäufer einigt. Danach ist es sehr übertrieben, wenn Schollmeyer (S. 10) sagt, beim Kaufe beweglicher Sachen sei das alte (römische) Eviktionsrecht „festgehalten". — Nicht richtig scheint mir übrigens auch Endemann § 157[14] den Sinn der Regeln zu 2 und 3 wiederzugeben, wenn er erklärt: „beim Kaufe beweglicher Sachen gilt die volle Haftung wegen Mängel im Rechte; der Anspruch auf Schadensersatz ruht aber, solange der Käufer in ungestörtem Besitze der gekauften Sache ist;" denn damit ist gerade der wichtigste und eigentümlichste Fall, in dem der Anspruch auf Schadensersatz „ruht", nicht bezeichnet, nämlich der Fall zu 3b.

4. Die einschränkenden Regeln zu 2 und 3 gelten nach dem Wortlaut des Gesetzes nur beim Kaufe beweglicher Sachen. Es fragt sich aber, ob nicht aus inneren Gründen auch beim Grundstückskaufe ähnliche Regeln Anwendung finden müssen.

a) Die Frage ist für den zu 3a erwähnten Fall zu bejahen: der Käufer, welcher das ihm übergebene aber nicht übereignete Grundstück selber in unmittelbarem Besitze hat oder dessen Herausgabe von dem dritten unmittelbaren Besitzer fordern kann, muß, wenn er Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung erhebt, das Grundstück den Verkäufer zurückgewähren oder ihm den Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks abtreten; denn andernfalls würde er sich auf des Verkäufers Kosten rechtlos bereichern.

b) Dagegen ist die Frage für den zu 3b genannten Fall zu verneinen, der Käufer, welcher den unmittelbaren Besitz des ihm übergebenen, aber nicht übereigneten Grundstücks verloren hat, ohne von dem gegenwärtigen Besitzer die Herausgabe des Grundstücks fordern zu können, ist zur Erhebung von Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung durchaus befugt; nur muß er sich das Entgelt, welches er für die Fortgabe des Grundstücks empfangen hat, von seiner Ersatzsumme abziehen lassen.

5. Die einschränkenden Regeln zu 2—3 gelten nur, wenn der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert. Sie gelten also nicht, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufpreises verweigern will, oder wenn er nachträgliche Erfüllung der Verpflichtung des Verkäufers und Schadensersatz wegen Verspätung fordert. Sie gelten ferner auch dann nicht, wenn der Käufer vom Vertrage zurücktritt; doch ist der Käufer in diesem Falle noch weit mehr beschränkt, und zwar ganz gleichmäßig beim Kaufe beweglicher Sachen, wie beim Kaufe von Grundstücken; so ist er z. B. bei Untergang der Sache zum Rücktritt nur berechtigt, wenn er an dem Untergang nicht schuld ist; bei schuldhafter Beschädigung der Sache geht sein Rücktrittsrecht verloren u. s. w.

IV. Wenn der Verkäufer die verkaufte Sache dem Käufer rechtzeitig übereignet, aber mit der Entfernung der auf der Sache ruhenden Lasten in Verzug kommt, sind die Regeln zu III. gleichfalls analog anwendbar. Hervorzuheben ist namentlich, daß der Käufer die Bezahlung des ganzen Kaufpreises

verweigern[21]) und nach Ablauf der dem Verkäufer zuzubilligenden Nachfrist Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten kann. Dies gilt selbst dann, wenn die Lasten, mit deren Entfernung der Verkäufer im Rückstand ist, verhältnismäßig geringfügig sind.

Diese Regel ist für den Verkäufer sehr ungünstig. Man könnte deshalb daran denken, daß das Gesetz einen Verzug des Verkäufers in Entfernung der auf der Kaufsache ruhenden Lasten bloß als einen Teilverzug ansehe. Indes wäre die Folge dieser Auffassung, daß der Käufer bei einem derartigen Verzuge nur dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern oder vom ganzen Vertrage zurücktreten dürfte, wenn der Besitz der belasteten Sache „ohne Interesse" für ihn ist. Das wäre aber wieder für den Käufer gar zu ungünstig, zumal dann, wenn er bei der Übereignung von den auf der Sache ruhenden Lasten, z. B. der Vermietung des erkauften Hauses, keine Kenntnis hatte. So muß es also dabei bleiben: die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das lastenfreie Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, ist unteilbar: hat der Verkäufer die Sache übereignet, aber die Lasten nicht entfernt, so hat er noch garnicht erfüllt. — Einen schwachen Schutz gewährt dem Verkäufer die Regel, daß der Käufer seine Rechte nicht bloß aus Chikane oder wider Treu und Glauben gebrauchen darf.

Nach Pr. LR. I, 5 § 344 ist die Haftung des Verkäufers, welcher die auf der Kaufsache ruhenden Lasten pflichtwidrig fortzuschaffen versäumt hat, einer abgekürzten Verjährung (Frist 3—12 Monat) unterworfen. Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese Regel nicht übernommen: sonach kann der Käufer wegen einer das erkaufte Haus belastenden im Grundbuch eingetragenen Traufgerechtigkeit des Nachbarn von dem Kaufe noch nach langen Jahren zurücktreten, während er einen Baufehler des Hauses, wie wir später sehen werden, nur binnen 12 Monaten nach der Übergabe rügen darf.

V. 1. Schon oben ist erwähnt, daß die Haftung des Verkäufers für einen Mangel im Rechte auch dann in Kraft bleibt, wenn die Kaufsache zufällig zerstört wird oder verloren geht[22]), mag auch zur Zeit des Unfalls die Gefahr der Sache bereits auf den Käufer übergegangen sein: die Haftung für Mängel im Rechte hat eben als solche mit dem Gefahrübergang nichts zu thun.[23]) Beispiel: das dem A. gestohlene Bild wird von dem Diebe B. an den gutgläubigen C. verkauft und übergeben; bei C. verbrennt es; nun erst wird der Diebstahl entdeckt; B. ist dem C. auch jetzt noch haftbar.

2. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn der Verkäufer an der lastenfreien Übereignung der Kaufsache gerade durch den Untergang der Sache und nur dadurch behindert worden ist. Denn sobald die Gefahr auf den Käufer übergeht, fallen alle Nachteile, die der zufällige Untergang der Sache mit sich bringt, im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer dem letzteren zur Last; es ist also des Käufers und nicht des Verkäufers Schade, wenn dieser die Sache bloß deshalb, weil sie untergegangen ist, nicht mehr lastenfrei zu übereignen vermag. Beispiel: A. sendet einen Pelz, den B. ihm zur Verwahrung übergeben und den er dann unbefugtermaßen an den redlichen C. verkauft hat, an letzteren ab; unterwegs geht der Pelz verloren; C. muß zahlen; denn wenn der Pelz nicht verloren gegangen wäre, würde er ja das Eigentum daran erworben haben.

VI. Erst auf Grund der soeben entwickelten Regeln können wir die im gemeinen Rechte[24]) so sehr bestrittene Frage beantworten: geht, wenn jemand die nämliche Sache der Reihe nach an mehrere Personen verkauft, die Gefahr auf alle Käufer über? Wir haben die Frage nach dem klaren Wortlaute des bürgerlichen Gesetzbuchs zu bejahen, vorausgesetzt natürlich, daß es dem Verkäufer glückt, der Reihe nach die Kaufsache an alle Käufer zu übergeben (abzusenden, aufzulassen). Daraus folgt aber keineswegs, daß der Verkäufer, wenn die Kaufsache zufällig verloren geht, von sämtlichen Käufern den Kaufpreis einfordern und be-

21) Abw. Dernb. Pr. Pr. 2 § 150[3]. 22) Siehe oben S. 414 e.
23) Siehe auch oben S. 412, 4. 24) Siehe Windscheid § 390[17].

halten dürfte. Vielmehr ist hier die Rechtslage verschieden: bald sind alle Käufer, bald nur einer, bald keiner auf den Kaufpreis verhaftet. Beispiele. I. A. verkauft Edelsteine, die ihm gehören, zunächst an B., übergiebt sie ihm aber bloß durch Besitzvertretungsvertrag; dann verkauft er sie ein zweites Mal an C. und liefert sie diesem auch thatsächlich aus; darauf werden die Steine bei C. gestohlen. Hier müssen sowohl B. wie C. den Kaufpreis für die Steine zahlen; denn beide haben von A. empfangen, was sie von ihm als Verkäufer zu fordern hatten; freilich hat A. von der Doppelzahlung keinen Vorteil, weil er den Kaufpreis des C. an B. herausgeben muß.[25]) II. D. verkauft seinen Hund an E. und liefert ihn auch an E. aus; der Hund läuft aber dem E. fort und kommt zu D. zurück; darauf verkauft D. den Hund an F. und liefert ihn auch an diesen zweiten Käufer aus; jetzt wird der Hund krank und muß erschossen werden. Hier braucht nur E. den Kaufpreis zu zahlen; dagegen ist F. frei, weil der dem wahren Eigentümer E. „abhanden gekommene" Hund auch dann, wenn er nicht erschossen worden wäre, dem F. von D. nicht hätte übereignet werden können. III. G. verkauft ein ihm gehöriges Inselchen im schleswigschen Wattenmeer sowohl an H. wie an J. und übergiebt es dem G., während er es dem J. aufläßt; da wird die Insel vom Meere verschlungen. Weder H. noch J. brauchen zu zahlen, jener nicht, weil G. ihm die Insel nicht auflassen, dieser nicht, weil G. ihm die Insel nicht übergeben kann[26]) und weil die Unfähigkeit des G., seinen Verpflichtungen nachzukommen, nicht (oder doch nicht allein) durch die Gewalt des Meeres, sondern in erster Reihe durch das von G. getriebene Doppelspiel verursacht ist.

VII. 1. Die Kosten der Übereignung eines verkauften Grundstücks (einschließlich der Kosten für die Beurkundung des Kaufvertrages) fallen dem Käufer zur Last, während die Beseitigung der auf dem Grundstücke ruhenden Lasten auf Kosten des Verkäufers geht.[27])

2. Die Kosten der lastenfreien Übereignung einer verkauften beweglichen Sache hat sämtlich der Verkäufer zu tragen.[28])

VIII. 1. Ist es streitig, ob der Verkäufer dem Käufer das lastenfreie Eigentum der Kaufsache verschafft hat, so trifft die Beweislast den Käufer. Dieser muß also darthun, daß die Sache nach wie vor nicht ihm, sondern einem Dritten gehöre oder daß sie nach wie vor mit Rechten Dritter belastet sei. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Verkäufer die Kaufsache dem Käufer bereits übergeben hat oder nicht![29])

2. Der Käufer wird diesen Beweis am leichtesten erbringen, wenn er die thatsächliche Eviktion der Kaufsache seitens des besserberechtigten Dritten abwartet, und zwar so, daß er sich von dem Dritten verklagen läßt oder den Dritten verklagt und dabei dem Verkäufer den Streit verkündigt. Doch ist er, wie unsere frühere Darstellung ergiebt, zu dieser vorsichtigen Haltung (anders als im römischen, ebenso wie im preußischen Recht) keineswegs verpflichtet.

So wird der Käufer die Eviktionsklage des Dritten namentlich dann nicht abzuwarten brauchen, wenn dessen Recht im Grundbuch eingetragen ist. So ferner dann, wenn die Sache gestohlen war und der Bestohlene zwar nicht Klage gegen den Käufer erhebt, aber in dem vom Käufer gegen den Verkäufer angestrengten Prozeß den Diebstahl als Zeuge bekundet.

IX. Die gesetzliche Verpflichtung des Verkäufers zur lastenfreien Übereignung der Kaufsache kann vertragsmäßig abgeändert werden.

---

25) Gemäß BGB. 816. 26) Abw. Schollmeyer S. 9. 27) BGB. 449.
28) BGB. 448. 29) BGB. 442.

1. Sie kann zu Ungunsten des Verkäufers verschärft werden; der Verkäufer übernimmt z. B. die unbedingte Gewähr für lastenfreie Übereignung eines Grundstücks, obschon der Käufer weiß, daß zur Zeit des Kaufabschlusses ein Dritter der Eigentümer des Grundstücks ist oder ein Nießbrauchsrecht daran hat.

2. Sie kann auch umgekehrt zu Gunsten des Verkäufers gemildert werden. So wird z. B. in zahllosen Fällen ausgemacht, daß die auf dem verkauften Grundstücke ruhenden Hypotheken und Grundgerechtigkeiten vom Verkäufer nicht zu beseitigen sind, sondern vom Käufer übernommen werden. Doch ist eine jede solche Begünstigung des Verkäufers ungültig, wenn dieser den „Mangel im Recht" arglistig verschwiegen hat.[30])

X. Von Rechtswegen fällt die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das lastenfreie Eigentum der Kaufsache zu verschaffen, fort bei dem Verkaufe in der Zwangsvollstreckung.[31])

γ. Gewähr für ordnungsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache.[1]) Älteres Recht.

§ 126.

1. Schon nach altdeutschem Recht [2]) veräußert der Verkäufer die Kaufsache nicht verantwortungsfrei, bloß weil er sie los werden will, sodaß der Käufer selber zusehen mag, was mit der Sache anzufangen sei. Vielmehr haftet er von Rechtswegen, also auch ohne besonderes Garantieversprechen für ordnungsmäßige Beschaffenheit der Sache. Doch ist seine Haftung sehr beschränkt.

a) Sie greift, falls die Parteien nicht ein Anderes vereinbart haben, bloß dann Platz, wenn die Kaufsache an besonders schweren Mängeln leidet. Ob ein Mangel zu den schweren zählt, wird für jede Warenart nach Maßgabe einer von Verkehrssitte oder Gesetz festgestellten Schablone, ohne jede Rücksicht auf die besondere Lage des Einzelfalles bestimmt.

b) Wird ein Mangel der Kaufsache festgestellt, für den der Verkäufer aufkommen muß, so kann der Käufer nichts anderes thun, als den Kauf „wandeln" d. h. rückgängig machen. Nur wenn der Verkäufer arglistig gehandelt hat, hat der Käufer noch einen weiter gehenden Anspruch, nämlich ein Recht auf Schadenersatz.

c) Der Käufer verwirkt seine Ansprüche, wenn er die Kaufsache trotz ihrer Mängel vorbehaltlos angenommen hat. Nur beim Viehkauf behält er seine Rechte noch nach Annahme des gekauften Stücks.

d) Sofern der Käufer die Mängel der Kaufsache nicht gemäß der Regel

---

30) BGB. 443.
31) ZPO. 710 a (Entwurf); RGes. betr. die Zwangsverst. v. 24. 3. 97 § 56.
1) Hanausek, Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware (83/87).
2) Siehe Stobbe, 3 § 184 Nr. 6, 185.

zu c bereits bei der Übergabe rügen muß, hat er die Rüge jedenfalls innerhalb einer sehr kurzen z. B. drei- oder vierzehntägigen Frist nach der Übergabe vorzubringen.

2. Durch die Rezeption des römischen Rechts ist die Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache wesentlich verschärft worden.

a) Die Haftung erstreckt sich auch auf geringere Mängel der Kaufsache; die vom Verkäufer zu vertretenden Mängel werden nicht ein für alle Mal durch eine feste Schablone, sondern von Fall zu Fall — unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des Einzelfalles — frei bestimmt.

b) Die Ansprüche des Käufers bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache sind dreifach: der Käufer kann den Kauf wandeln (actio redhibitoria), er kann die Sache unter Minderung des Kaufpreises behalten (actio quanti minoris), er kann endlich, wenn die Mängel der Sache den besonderen Zusagen des Verkäufers widersprechen oder wenn der Verkäufer schuldhaft gehandelt hatte, Schadensersatz fordern (actio emti); die actio redhibitoria und die actio quanti minoris sind dereinst in Rom durch die Ädilen eingeführt worden und werden deshalb noch jetzt „ädilizische Ansprüche" genannt.

c) Der Käufer verwirkt seine Ansprüche dadurch, daß er die Kaufsache vorbehaltlos annimmt, nicht.

d) Auch für eine anderweite kurze Befristung seiner Ansprüche ist nur wenig gesorgt. Denn die actio redhibitoria verjährt erst in 6 Monaten, die actio quanti minoris erst in einem Jahre, die actio emti gar erst in 30 Jahren. Bis zum Ablauf dieser Fristen kann der Verkäufer über seine Haftung im Ungewissen bleiben.

3. Die jüngere deutsche Gesetzgebung hat sich auf den Boden des römischen Rechts gestellt, jedoch nicht ohne wesentliche Zugeständnisse an die dem Verkäufer günstigere Auffassung des altdeutschen Rechts. [3])

a) Die Ausdehnung der Haftung des Verkäufers auf alle auch nur geringe Mängel der Kaufsache und die Beurteilung der Beschaffenheit der Kaufsache unter freier Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ist nach dem Vorbilde des römischen Rechts überall angenommen. Nur für den Viehhandel sind einige Gesetze, namentlich in Süddeutschland und in Sachsen, auf dem altdeutschen Standpunkte verblieben: der Verkäufer soll bloß für gewisse gesetzlich genau bestimmte, besonders schwere „Hauptmängel" des Viehs haftbar sein; dadurch wird er in auffälligster Art von anderen Verkäufern bevorzugt; zu beachten ist aber, daß diese Bevorzugung als solche dem altdeutschen Rechte völlig fremd ist; vielmehr hat das altdeutsche Recht den Viehverkäufer, wenn es seine Haftung auf gewisse Hauptmängel seiner Ware beschränkte, nur gerade ebenso behandelt wie jeden anderen Verkäufer.

Die deutschen Gesetze über die Haftung des Verkäufers für Viehmängel bilden ein lächer-

---

3) Cropp in seinen und Heise's Abhandl. 1 S. 163 (27).

liches Mosaik von Rechtsverschiedenheiten. I. Einige Gesetze[4]) lassen den Verkäufer in der eben angedeuteten Weise milder haften als sonstige Verkäufer; doch beschränken sie das Privileg teilweise auf die Verkäufer von Pferden (Gotha) oder von Pferden und Rindvieh (Meiningen), teilweise dehnen sie es aber auch auf die Verkäufer von Schafen und Schweinen (Baden, Würtemberg, Darmstadt) oder auch auf die von Eseln (Bayern, Elsaß-Lothringen) und Ziegen (Sachsen) aus. II. Andere Gesetze behandeln dagegen den Viehverkäufer ebenso wie sonstige Verkäufer (Mecklenburg, Oldenburg, Weimar u. s. w.).[5]) III. Das preußische Landrecht endlich läßt den Viehverkäufer sogar strenger haften als sonstige Verkäufer[6]); es unterwirft ihn nämlich fast allen für andere Verkäufer geltenden Regeln und fügt nur die für ihn ungünstige Vorschrift hinzu, daß, wenn gewisse Mängel des Viehs innerhalb bestimmter Zeit nach der Übergabe hervortreten, vermutet werde, die Mängel seien bereits vor der Übergabe vorhanden gewesen.

b) Der Inhalt der dem Käufer zustehenden Rechte wird meistens in römischer Art bestimmt: es wird also dem Anspruch auf Wandelung des Kaufs und auf Schadensersatz fast durchweg der Anspruch auf Preisminderung zugefügt. Ja die beiden ädilizischen Ansprüche werden von der herrschenden Meinung auch auf den Kauf von Gattungssachen ausgedehnt, während das römische Recht sie bloß beim Kaufe individuell bestimmter Sachen gekannt hat.[7]) Nur beim Viehkauf wird dem Käufer meistens das Preisminderungsrecht vorenthalten.[8])

c) Der altdeutsche Satz, daß der Käufer durch vorbehaltlose Annahme der Kaufsache seine Rechte wegen etwaiger Mängel der Sache verwirkt, — den Fall einer Arglist des Verkäufers ausgenommen — wird in abgeschwächter Gestalt vom preußischen Landrecht festgehalten[9]): er gilt hier nämlich wenigstens für solche Mängel, die der Käufer bei der Annahme der Sache bemerkt hat oder hätte bemerken können. In voller Strenge, also auch mit Bezug auf solche Mängel, die der Käufer nicht zu bemerken imstande war, hielt an dem altdeutschen Satze das Hamburgische Recht fest.[10])

d) Auch von den Regeln zu c abgesehen, wird das Recht des Käufers, gegenüber einem nicht arglistigen Verkäufer etwaige Mängel der Kaufsache zu rügen, an engere Fristen gebunden als im römischen Recht. So bestimmt das preußische Recht nicht bloß für die actio redhibitoria, sondern auch für die actio quanti minoris eine sechsmonatige Verjährungsfrist — freilich nur für bewegliche Sachen, während bei städtischen Grundstücken die Frist ein, bei Landgütern sogar drei Jahr beträgt.[11]) So verlangt das französische Recht für alle ädilizischen Ansprüche die Ausübung „en bref délai".[12]) So bemißt das Handelsgesetzbuch die Verjährungsfrist nicht bloß für die ädilizischen Ansprüche, sondern auch für die actio emti beim sog. Distanzkauf auf 6 Monate.[13]) So

4) Motive 2 S. 246. 5) Motive 2 S. 244. 6) Pr. LR. I, 11 § 199 flg.

7) Die Frage ist freilich im gemeinen Recht bis zuletzt streitig gewesen. Dernb. 2 § 101[22].

8) So z. B. sächs. b. GB. 927. Anders das preußische Landrecht I, 11 § 198 flg.

9) Pr. LR. I, 5 § 330. 10) Cropp a. a. O.

11) Pr. LR. I, 5 § 343. Ähnlich sächs. GB. 923. 12) c. c. 1648.

13) HGB. I 349.

wird endlich beim Viehhandel fast allgemein eine sehr kurze Verjährungs- oder Anzeigefrist eingeführt. [14])

4. Das bürgerliche Gesetzbuch schließt sich dem zwischen altdeutschem und römischem Rechte vermittelnden Systeme der neueren deutschen Gesetzgebung gleichfalls an. Seine Regeln sind im folgenden ausführlich darzulegen.

Forts. Die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 127.

I. Der Verkäufer steht von Rechts wegen für ordnungsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache ein: er haftet, wie das Gesetz sich in negativer Fassung ausdrückt, dem Käufer dafür, daß die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. [1]) — Was unter „ordnungsmäßiger Beschaffenheit" der Sache einerseits, unter „Fehlerhaftigkeit" der Sache andererseits zu verstehen ist, läßt sich nicht durch eine einheitliche Formel bestimmen. Auch die „Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" ist kein eindeutiger Begriff; denn zahllose Abstufungen führen von dem höchsten erreichbaren Grade der Tauglichkeit zu der absoluten Untauglichkeit herab. So liegt schließlich die Entscheidung bei der Verkehrssitte: der Käufer kann die Beschaffenheit der Sache fordern, welche der Verkäufer gewöhnlich zu vertreten pflegt. Doch sind außer der Verkehrssitte in römischer Art auch alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, mögen sie für eine ungewöhnliche Verschärfung oder für eine ungewöhnliche Milderung der Haftpflicht des Verkäufers sprechen. Im einzelnen kommen folgende Regeln in Betracht.

1. Sehr oft geht aus dem vertragsmäßig bedungenen oder vom Verkäufer einseitig festgesetzten Preise hervor, daß die Parteien eine gewisse Beschaffenheit, z. B. eine besondere Güte oder Feinheit der Sache, übereinstimmend voraussetzen. Dann muß der Verkäufer gerade für diese Beschaffenheit aufkommen.

So kann der Käufer in einem teuern Restaurant ein mittelmäßiges Gericht als nicht ordnungsmäßig zurückweisen, während er in einer billigen Wirtschaft das nämliche Gericht als ordnungsmäßig annehmen muß.

Die Regel zu 1 will aber nicht allgemeingültig sein, sondern nur für den Einzelfall gelten. Wer z. B. eine gut gelegene Baustelle theuer kauft, darf wegen des hohen Preises nicht etwa eine besonders gute Beschaffenheit des Baugrundes der Stelle voraussetzen. — Auch besagt die Regel nicht, daß die Sache objektiv „preiswert" sein müsse; denn daraus, daß die Parteien den Kaufpreis nach der Beschaffenheit der Sache bestimmen, folgt selbstverständlich noch nicht, daß sie dabei die Beschaffenheit der Sache richtig abschätzen[2]); sonach darf man auch, wenn umgekehrt von dem festgesetzten Preise ein Rückschluß auf die von den Parteien vorausgesetzte Beschaffenheit der Kaufsache gemacht werden soll, durchaus nicht annehmen, die Beschaffenheit der Kaufsache müsse nach richtiger (unparteiischer, sachverständiger) Schätzung

14) Mot. 2 S. 261. 1) BGB. 459. 2) Siehe oben S. 391, 3.

dem Preise der Sache entsprechen. Wer z. B. eine Flasche Cognac für 12 Mark kauft, kann voraussetzen, daß der Cognac „echt" und fein sei, hat dagegen kein Recht zur Beschwerde, wenn er entdeckt, daß Cognac von gleicher Beschaffenheit in anderen Läden für 8 Mark verkauft wird.

2. Beim Kaufe von Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt sind, muß der Verkäufer im Zweifel Sachen von mittlerer Art und Güte liefern.[3])

3. a) Beim Kaufe individuell bestimmter Sachen braucht der Verkäufer solche Mängel nicht zu vertreten, die der Käufer beim Kaufabschluß erweislich gekannt hat.[4])

Diese Regel gilt auch für solche Mängel, die der Verkäufer zu beseitigen imstande ist. Das Gesetz mutet also dem Käufer zu, daß er, wenn er beim Kauf einen derartigen Mangel bemerkt, sich dessen Beseitigung besonders vorbehält. Zum Glück für ihn wird aber dieser Vorbehalt in vielen Fällen selbstverständlich sein, z. B. bei Schrammen in der Politur eines als „neu" gekauften Tisches.

b) Der Kenntnis des Käufers von einem Mangel der gekauften Sache steht eine Unkenntnis des Käufers gleich, die auf grober Fahrlässigkeit seinerseits beruht. Der Käufer muß also die Kaufsache, falls der Verkäufer sie ihm beim Kaufabschluß vorzeigt, prüfen, nicht gerade gründlich, da er ja bloß für grobe Fahrlässigkeit haftet, aber doch nicht ganz oberflächlich. Unter Umständen hat er sogar eine Sache zu prüfen, die der Verkäufer ihm nicht zeigt; er muß dann eben auf Vorzeigung zum Zwecke der Prüfung bestehen: so z. B. bei Sachen, die man ihrer Art nach nicht unbesehen zu kaufen pflegt (Gebäude, Kunstwerke u. dgl.) und deren Vorzeigung im Einzelfall keine Schwierigkeit macht. Vernachlässigt er die Prüfung der Sache aus Bequemlichkeit, Zeitmangel oder Vertrauensseligkeit, so hat er allein den Schaden zu tragen: „wer die Augen nicht aufthut, thut den Beutel auf;" so schlimm die Mängel der Sache sind, er muß sie sich gefallen lassen, wenn er sie bei ordentlicher Prüfung hätte bemerken müssen.

c) Die Regel zu b (nicht auch die zu a) kommt bei solchen Mängeln in Fortfall, die der Verkäufer dem Käufer arglistig verschwiegen hat: der arglistige Verkäufer muß also auch die offenkundigsten Mängel der Kaufsache vertreten, wenn der Käufer sie nur, sei es auch grobfahrlässig, nicht bemerkt hat. — Der Verkäufer ist nur dann arglistig, wenn die Mängel, die er verschwiegen hat, ihm bekannt waren. Aber das allein genügt noch nicht: da der Verkäufer durchaus nicht verpflichtet ist, die ihm bekannten Mängel dem Käufer anzuzeigen, kann ihm das Verschweigen solcher Mängel für sich allein noch nicht als Arglist vorgeworfen werden. Vielmehr ist dazu weiter erforderlich entweder, daß der Verkäufer dem Käufer wider Treu und Glauben die Prüfung der Sache erschwert, oder, daß er ihn durch die Mängel der Sache boshaft zu schädigen beabsichtigt.

Beispiel. Der Verkäufer verdeckt den Fehler der Sache, sucht die Aufmerksamkeit des

---

3) BGB. 243. Siehe oben S. 295 b. 4) BGB. 460.

Käufers abzuwenden u. dgl. — Er verkauft dem Käufer absichtlich gesundheitsschädliche Nahrungsmittel, Getreidesäcke mit Löchern, u. dgl.

4. Auch solche Mängel einer individuell bestimmten Sache, die erst nach dem Kaufabschluß entstanden sind, muß der Verkäufer vertreten, es sei denn, daß zu der Zeit, da der Mangel entstand, bereits die Gefahr der Kaufsache auf den Käufer übergegangen war.[5]) Umgekehrt ist der Verkäufer haftfrei, wenn ein Mangel der Sache, der zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war, bis zum Gefahrübergang[6]) wieder fortfällt.

Diese Regel ist dem römischen Rechte nicht bekannt. Hier haftete der Verkäufer für Mängel, die erst nach dem Kaufabschluß entstanden waren, niemals[7]), mochte auch — weil der Kauf unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen war — die Gefahr der Kaufsache auf den Käufer noch nicht übergegangen sein. Beispiel: ein Wagen, den A. dem B. auf Probe verkauft[8]) und übergeben hat, wird bei B. zufällig beschädigt; B. billigt den Wagen trotzdem, weil er von der Beschädigung nichts weiß; nach römischem Recht kann er den Kauf nicht wandeln, wohl aber nach dem bürgerlichen Gesetzbuch.

5. Nicht zu vertreten hat der Verkäufer solche Mängel, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache nur unerheblich mindern.[9]) Das ist namentlich bei Mängeln wichtig, die erst nach dem Kaufabschluß eingetreten sind: der Verkäufer ist hier nur haftbar, wenn es glaubhaft ist, daß der Käufer die Sache, wäre sie schon zur Zeit des Kaufes mit dem Mangel behaftet gewesen, gar nicht oder nur zu einem geringeren Preise gekauft haben würde.

Man nehme den Fall, daß ein antiquarisches Werk als etwas „beschädigt" verkauft wird und nachträglich durch einen Zufall eine weitere Beschädigung erleidet. Der Verkäufer ist hier nur haftbar: 1. wenn die neue Beschädigung verhältnismäßig bedeutend ist oder 2. wenn der Käufer das Werk bei dem Ankauf genau geprüft hat und dadurch zu erkennen gab, daß er persönlich auf den Zustand des Werkes zur Zeit des Ankaufs entscheidenden Wert legte.

II. 1. Leidet die verkaufte Sache an einem Mangel, den der Verkäufer nach den soeben entwickelten Regeln vertreten muß, so kann der Käufer zunächst die Annahme der Sache verweigern und hat alsdann alle Rechte, die ihm bei Nichtlieferung der Sache zustehen.[10]) Außerdem hat er aber, mag er nun die Annahme der Sache verweigern oder nicht, mag es sich um individuell bestimmte oder um Gattungssachen handeln, die ädilizischen Ansprüche des römischen Rechts, nämlich das Recht[11])

a) den Kauf rückgängig zu machen („Wandelung"),

b) den Kauf unter Herabsetzung des Kaufpreises („Minderung") aufrecht zu erhalten.

2. Zwischen den beiden ädilizischen Ansprüchen kann der Käufer nach Belieben wählen. Seine Wahl ist aber zunächst widerruflich. Unwiderruflich wird sie erst,

a) wenn der vom Käufer ausgewählte Anspruch ganz oder teilweise

---

5) BGB. 459.

6) Oder einer dem Verkäufer (nach der Regel unten bei Anm. 61) zuzubilligenden Nachfrist. Abw. Endemann 161⁴. 7) Windscheid § 390¹⁰. 8) Siehe unten S. 447 I.

9) BGB. 459. 10) Über preuß. Recht s. oben S. 413 c. 11) BGB. 462.

erfüllt wird, sei es durch freiwillige Zahlung des Verkäufers, sei es durch Zwangsvollstreckung, Aufrechnung u. dgl.,

b) wenn der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit dem von diesem gewählten Anspruche einverstanden erklärt, wenn also die einseitige Wahl des Käufers zum zweiseitigen Wahlvertrage erhoben wird.[12])

Die Regel zu a findet sich im bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich, ist aber, wenn der Verkäufer nicht in die übelste Lage gebracht werden soll, unentbehrlich. Siehe übrigens BGB. 264 Abs. 1.

Der Wahlvertrag zu b unterliegt den allgemeinen Regeln vom Vertragsschluß; hiernach ist z. B. zu entscheiden, in welcher Frist der Verkäufer, wenn er den Käufer an dessen Wahl binden will, sein Einverständnis erklären muß.[13]) — Als „Verlangen" des Käufers im Sinne der Regel zu b genügt es, wenn der Käufer die von ihm getroffene Wahl dem Verkäufer bestimmt anzeigt. — Hat der Käufer sich für Preisminderung entschieden, so braucht er bei seinem „Verlangen" das Maß der Minderung noch nicht anzugeben[14]); erklärt der Verkäufer sein Einverständnis, so muß eben das Maß der Minderung sachverständig festgesetzt werden.

Sobald der Käufer sich für die Wandelung des Kaufs entschieden und in der zu a oder zu b genannten Weise an seine Wahl gebunden ist, — aber nicht früher — kann auch der Verkäufer Rechte daraus herleiten[15]), z. B. seinerseits auf Rückgabe der vielleicht trotz ihrer Mängel im Preise gestiegenen Ware klagen.

Der Verkäufer kann dem Käufer eine Frist zur Ausübung des Wahlrechts in der Art setzen, daß er sich aus freien Stücken zur Wandelung erbietet und den Käufer auffordert, sich hierüber binnen der Frist zu erklären; läßt der Käufer die Frist verstreichen, ohne eine zustimmende Erklärung abzugeben, so hat er das Recht auf Wandelung verloren. Doch ist hierbei vorausgesetzt, daß der Käufer dem Verkäufer gegenüber bereits einen Mangel der Sache behauptet hat[16]); solange der Käufer über die Mängel der Sache schweigt, muß der Verkäufer sich die Unsicherheit, mit der ihn das Wahlrecht bedroht, wehrlos gefallen lassen.

Solange der Käufer sein Wahlrecht nicht verloren hat, kann er seine beiden Rechte alternativ nebeneinander geltend machen; er kann sie z. B. alle beide alternativ einklagen. Er kann aber auch zunächst nur eines der Rechte einklagen und demnächst, mag auch der erste Prozeß bereits zu seinen Gunsten entschieden sein, das andere Recht durch eine zweite Klage geltend machen; denn weder die Klageerhebung noch das rechtskräftige Urteil heben das Wahlrecht des Käufers auf.

3. Die **Wandelung** des Kaufs bedeutet, daß der Käufer vom Kaufe zurücktritt.

a) Sonach werden, soweit der Kaufvertrag noch nicht erfüllt ist, beide Parteien von ihren Verpflichtungen befreit: weder braucht der Käufer den Kaufpreis zu zahlen noch der Verkäufer die Kaufsache zu liefern.

b) Soweit dagegen der Vertrag erfüllt ist, müssen beide Parteien das Empfangene Zug um Zug zurückgewähren, der Verkäufer den Kaufpreis, der Käufer die Kaufsache; der Verkäufer muß den Kaufpreis mit 4 % vom Zahlungstage ab verzinsen.[17]) 246

Hat der Käufer notwendige Verwendungen auf die Sache gemacht, so kann er deren Erstattung in gleicher Art, wie ein auftragloser Geschäftsführer, fordern. Andere als notwendige Verwendungen werden ihm überhaupt nicht erstattet, auch wenn er sie in einer Zeit

---

12) BGB. 465. Das bisherige Recht ist sehr zweifelhaft.
13) Siehe oben S. 181, 3. 14) Abw. Endemann § 161[13].
15) Abw. Schollmeyer S. 17. 16) BGB. 466. 17) BGB. 467, 346—348.

gemacht hat, da ihm der Mangel der Sache noch unbekannt war.[18]) — Nutzungen, die der Käufer seit dem Empfang der Kaufsache aus ihr wirklich gezogen oder schuldhaft zu ziehen unterlassen hat, muß er herausgeben oder vergüten.[19])

c) Die Wandelung wird — ebenso wie im römischen [20]), anders als im preußischen Recht [21]) — dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Sache in der Zwischenzeit seit dem Kaufabschluß zufällig untergeht oder zufällig verschlechtert wird. [22]) So auch dann, wenn der Zufall die Sache erst nach der Übergabe an den Käufer betroffen hat; es wird also in diesem Falle die Gefahr der Sache mit rückwirkender Kraft auf den Verkäufer zurückübertragen: obschon der Verkäufer die Sache garnicht oder nur in verschlechtertem Zustande zurückerhält, muß er dem Käufer doch den vollen Kaufpreis erlassen oder zurückerstatten. — Dagegen fällt das Wandelungsrecht fort, wenn die Kaufsache nicht zufällig, sondern durch Verschulden des Käufers untergeht oder wesentlich verschlechtert wird. Ebenso, wenn der Käufer die Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet, es sei denn, daß er den Mangel der Sache erst bei dieser Umgestaltung entdeckt. [23])

Als „Verschulden" gilt jede auch nur leichte Fahrlässigkeit des Käufers oder seiner Gehülfen und Vertreter; erst wenn der Verkäufer in Annahmeverzug versetzt ist, wird die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt.[24]) — Hat der Käufer die Sache durch sein Verschulden nur unwesentlich verschlechtert, so behält er das Wandelungsrecht, ist aber dem Verkäufer schadensersatzpflichtig.[25])

d) Die Wandelung ist auch dann statthaft, wenn der Käufer die Sache inzwischen weiterveräußert oder verpfändet hat, ferner, wenn sie von seinen Gläubigern mit Beschlag belegt ist u. s. w. [26]) Nur muß der Käufer, nachdem er sich für die Wandelung entschieden hat, dafür Sorge tragen, die freie Verfügung über die Sache wieder zu erwerben: denn sonst ist er nicht in der Lage, die Sache dem Verkäufer zurückzugewähren, gerät also in Verzug und muß es sich gefallen lassen, daß der Verkäufer die Wandelung wieder rückgängig macht. [27])

Beispiel. A. hat eine Sache von B. gekauft und unbesehen an C. weiter verkauft; nun entdeckt C. den Mangel und wandelt den Kauf gegenüber dem A.; sofort (oder auch schon vorher) kann A. auch seinen eignen Kauf gegenüber B. wandeln. — Tritt einer der zu c genannten Umstände (Untergang, Verschlechterung, Umwandelung der Sache) bei dem Rechtsnachfolger des Käufers ein, so wird er ebenso behandelt, als wenn er bei dem Käufer selbst geschehen wäre.[28]) Beispiel. M. kauft als Geschenk für seinen Freund, den Virtuosen N., eine sehr teure „Konzertgeige"; N. bemerkt sofort, daß die Geige als Konzertinstrument ganz

---

18) BGB. 467, 347, 994 Abs. 2, 996. Bezüglich der Verwendungen auf die Früchte kommt aber noch BGB. 102 (s. oben S. 129, 3) in Betracht.

19) BGB. 467, 347, 987. Nach Pr. LR. I, 5 § 337 behält der Käufer die Nutzungen, kann aber dafür auch keine Zinsen vom Kaufpreise fordern. 20) Dernb. 2 § 101[8].

21) Pr. LR. I, 5 § 328. 22) BGB. 467, 350, 351. 23) BGB. 467, 350, 352.

24) BGB. 276, 300. 25) BGB. 467, 347.

26) Eck in den Berliner Festgaben für Beseler (85) S. 161.

27) BGB. 467, 353, 354. Hiernach ist die Darstellung oben S. 364 b zu berichtigen.

28) BGB. 467, 353.

unbrauchbar ist, sagt aber dem M. davon nichts, sondern läßt die Geige von seinen Kindern verarbeiten; wenn M. nach einigen Monaten sein Mißgeschick erfährt, kann er nicht mehr wandeln.

e) Der wandelnde Käufer braucht die Sache dem Verkäufer nicht zurückzuschicken, sondern der Verkäufer muß sie abholen. Das ist besonders für die Frage, wann der Verkäufer in Annahmeverzug kommt, wichtig.

f) Kommt der Käufer mit der Rückgewähr der Sache in Verzug, so kann der Verkäufer ihm eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Holt der Käufer alsdann die Rückgewähr nicht nach, so ist das Wandelungsrecht des Käufers erloschen.[29]) Der Verkäufer ist aber hierzu nur berechtigt, wenn er sich mit der Wandelung einverstanden erklärt hat. Die Folge ist, daß der Käufer nicht etwa nunmehr auf sein Minderungsrecht zurückgreifen darf. Vielmehr bleibt es dabei, daß er dies Recht bereits vorher verloren hat.

g) Faßt man die vorstehenden Regeln zusammen, so ergiebt sich, daß das gesetzliche Recht des Käufers auf Wandelung im allgemeinen gleich einem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht behandelt wird.[30]) Eine Besonderheit des Wandelungsrechts bildet nur, daß es endgültig erst durch einen Vertrag mit dem Käufer ausgeübt wird, ferner die oben bei Anm. 16 genannte Art der Fristsetzung, endlich die bei Anm. 23 genannte Regel über die Umwandlung der Kaufsache.

4. Die Minderung bedeutet, daß der Käufer den Kaufvertrag abändert. Die Abänderung betrifft aber nur den Kaufpreis: im Übrigen bleibt der Kaufvertrag mit seinem bisherigen Inhalt bestehen.

a) Die Preisminderung wäre einfach und leicht zu bewerkstelligen, wenn sie darauf abzielte, an Stelle des Vertragspreises einen Preis zu setzen, welcher dem objektiven Werte der Sache in deren jetziger mangelhafter Beschaffenheit entspräche. Indes ist das Ziel der Preisminderung thatsächlich ein ganz anderes. Das Gesetz erwägt nämlich, daß die Parteien bei der Festsetzung des Vertragspreises nicht bloß den objektiven Wert der Sache, sondern höchst subjektiv auch die verschiedenartigsten Nebenumstände zu berücksichtigen pflegen und daß es ungerecht wäre, wenn man nun, da der Preis wegen eines Mangels der Sache herabgesetzt wird, die Rücksicht auf jene Nebenumstände plötzlich bei Seite lassen, wenn man bei der Preisminderung ausschließlich auf den objektiven Wert der Sache sehen wollte. Demgemäß bestimmt das Gesetz, daß der Vertragspreis nach Verhältnis des Werts, den die Sache in mangelfreiem Zustande haben würde („idealer objektiver Wert"), zu dem Werte, den sie in ihrem mangelhaften Zustande wirklich hat („wirklicher objektiver Wert"), herabgesetzt werde.[32]) Es wird also der Vertragspreis dem wirklichen objektiven Werte der Sache nur angepaßt, nicht gleichgestellt: der ideale und der wirkliche objektive Wert geben nur die Verhältniszahlen ab, nach welchen aus dem subjektiven Vertragspreise ein neuer subjektiver Preis gebildet wird.

Beispiel. A. kauft von B. ein Haus, welches sachverständig auf 50000 Mark geschätzt wird, für 70000 oder für 40000 Mark; nachträglich stellt sich heraus, daß das Haus mit Schwamm behaftet ist und deshalb nur auf 45000 Mark geschätzt werden kann; A. kann den

---

29) BGB. 467, 355. 30) Siehe oben S. 361.

31) Siehe auch oben S. 394, 3.

32) BGB. 472. Das bisherige Recht ist bestritten, Dernb. 2 § 101[16]. Eccius, § 85[13].

Kaufpreis nach dem Verhältnisse von 50 : 45, also von 70000 auf 63000 oder von 40000 auf 36000 herabsetzen.

b) Als Zeitpunkt für die Feststellung des objektiven Werts der Sache — sowohl des idealen wie des wirklichen — ist die Zeit des Vertragsschlusses maßgebend.[33]) Denn es handelt sich darum, den Vertragspreis gleichsam zu kritisieren oder zu verbessern. Hierbei darf man aber nur die Wertschätzungen aus der Zeit des Vertragsschlusses benutzen.

Beispiel. M. kauft von N. am 1. Februar den auf N.'s Schüttboden lagernden tadellosen Weizen für den Gesamtpreis von 7200 Mk., lieferbar im Mai; bei der am 10. Mai erfolgenden Lieferung zeigt sich, daß der Weizen seit dem Kaufabschluß, wahrscheinlich im März, Schaden erlitten hat; der Marktpreis für Weizen der verkauften Menge war 1) bei tadelloser Beschaffenheit am 1. Februar 8100, am 10. Mai 9000; 2) bei der Beschaffenheit, die der gelieferte Weizen thatsächlich hatte, am 1. Februar 6300, am 10. Mai 4500; alsdann kann M. den Vertragspreis im Verhältnis von 81 : 63 (nicht von 90 : 45), also auf 5600 Mk. herabsetzen.

Wird der Vertragspreis durch Umstände bestimmt, die erst nach dem Vertragsschlusse eintreten, so ist (obschon das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt) auf den Schätzungswert des späteren für die Höhe des Vertragspreises entscheidenden Zeitpunktes zurückzugehen. Hat etwa M. im vorhergehenden Beispiel nicht zum festen Preise von 7200, sondern 1 % unter dem „Marktpreise" — d. h. 1 % unter dem Marktpreise der Lieferungszeit — gekauft, so kann er den Kaufpreis (8910) nach dem Verhältnisse 90 : 45, also auf 4455 Mk. herabsetzen.

5. Mehrheit der Parteien. Wenn bei einem Kauf mehrere Personen — als Verkäufer oder als Käufer — beteiligt sind, so kann das Wandelungsrecht nur einheitlich, also nur gegen sämtliche Verkäufer und von sämtlichen Käufern geltend gemacht werden. Dagegen kann das Minderungsrecht auch geteilt ausgeübt werden, sei es nur gegen einen Verkäufer, sei es nur von einem Käufer.[34]) — Hieraus folgt, daß, wenn einer der Käufer sich mit einem der Verkäufer über die Preisminderung einigt, das Wandelungsrecht dieses Käufers auch gegenüber den anderen Verkäufern und damit auch das Wandelungsrecht der anderen Käufer gegenüber allen Verkäufern erlischt. Dagegen hat die Einigung des einen Käufers mit dem einen Verkäufer eine positive Rechtswirkung für oder gegen die anderen Käufer oder Verkäufer nicht[35]); es kann also kommen, daß einer der anderen Käufer zu seinen Gunsten eine noch größere Preisminderung durchsetzt oder umgekehrt einer der anderen Verkäufer für seinen Anteil am Kaufpreise der Preisminderung ganz entgeht.

6. Mehrheit der Kaufsachen. Wenn durch einen und denselben Vertrag mehrere Sachen verkauft werden und nur einzelne dieser Sachen sich als mangelhaft erweisen, so sind die Rechte des Käufers bald einheitlich mit Bezug auf alle Sachen, bald dagegen beschränkt mit Bezug auf die mangelhaften Stücke geltend zu machen. Es gelten nämlich folgende Regeln.

a) Für das Wandelungsrecht des Käufers[36]).

α) Das Wandelungsrecht ist grundsätzlich auf die mangelhaften Stücke beschränkt, ohne Rücksicht darauf, ob für alle Stücke ein Gesamtpreis oder für jedes einzelne Stück ein Einzelpreis bedungen ist. Nur wenn die Sachen als zusammengehörig verkauft sind und die mangelhaften Stücke nicht ohne Nachteil für eine der Parteien von den übrigen Stücken getrennt werden können — es ist z. B. von einem Tafelgeschirr die Suppenterrine schadhaft, das übrige

33) BGB. 472. 34) BGB. 467, 356, 474.
35) Siehe BGB. 423, 425, 429 Abs. 3, 432 Abs. 2. 36) BGB. 469—471.

Geschirr aber ohne die Terrine schlecht verwendbar —, kann die benachteiligte Partei (Käufer oder Verkäufer) fordern, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt werde.

β) Von den Regeln zu α gilt eine Ausnahme für den Fall, daß die mehreren Sachen im Verhältnis von Haupt- und Nebensachen zu einander stehen. Hier ist nämlich — ohne die feine den Einzelfall würdigende Unterscheidung zu α — schablonenhaft bestimmt: 1) ist die Hauptsache mangelhaft, so erstreckt sich die Wandelung immer auch auf die Nebensachen; 2) ist bloß eine Nebensache mangelhaft, so erstreckt sich die Wandelung niemals auf die Hauptsache.

γ) Wird in Gemäßheit der vorstehenden Regeln die Wandelung auf die mangelhaften Stücke beschränkt, so bleibt der Käufer in Ansehung der mangelfreien Stücke für den Kaufpreis verpflichtet. Deshalb muß, wenn für alle Sachen zusammen ein Gesamtpreis festgesetzt war, nunmehr für die mangelfreien Stücke ein Sonderpreis ausgerechnet werden. Das geschieht in der Art, daß der Gesamtpreis in dem Verhältnis herabgesetzt wird, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

Beispiel. A. verkauft 21 Bücher, von denen, mangelfreier Zustand vorausgesetzt, eines nach richtiger Schätzung 10, die anderen je 2 Mk. wert sind, für einen Gesamtpreis von 25 Mk.; wird der Kauf des einen teuren Buchs gewandelt, so ist der Gesamtpreis im Verhältnis von 50 : 40, also auf 20 Mk., wird der Kauf eines der billigen Bücher gewandelt, so ist der Gesamtpreis im Verhältnis von 50 : 48, also auf 24 Mk. herabzusetzen.

b) Für das Minderungsrecht des Käufers.[37])

α) Ist für jedes einzelne Stück ein Einzelpreis festgesetzt, so bezieht sich die Preisminderung nur auf die mangelhaften Stücke; darauf, daß durch den Mangel eines Stücks im Einzelfall auch die übrigen an sich tadellosen Stücke entwertet sein mögen, wird (anders als bei der Wandelung) keine Rücksicht genommen.

β) Umgekehrt: ist für alle Sachen zusammen ein Gesamtpreis festgesetzt, so bezieht sich die Preisminderung auf alle Stücke; es wird nämlich der Gesamtpreis nicht bloß um einen Betrag gemindert, welcher der Wertminderung des mangelhaften Stücks entspricht, sondern für die Preisminderung ist der Wertverlust entscheidend, den alle Sachen durch den Mangel des einen Stücks erfahren.

Beispiel. Zwei zusammengehörige Delfter Krüge sind für je 300 Mk. verkauft; der Preis würde bei tadelloser Beschaffenheit dem wahren Werte der Krüge entsprechen; indes ist ein Krug so beschädigt, daß er nur 50 Mk. wert ist; dadurch sinkt auch der Wert des zweiten Kruges auf 200 Mk. Dennoch kann der Käufer nur den Preis des schadhaften Kruges ermäßigen und zwar um 250 Mk. Wäre dagegen für beide Krüge ein Gesamtpreis von 600 Mk. vereinbart worden, so könnte der Käufer diesen Gesamtpreis herabsetzen und zwar um 350 Mk.

---

37) BGB. 472 Abs. 2.

7. Mehrheit der Mängel. Hat der Käufer wegen eines Mangels der Sache den Kauf einmal gewandelt, so kann er, wenn sich später noch andere vom Verkäufer zu vertretende Mängel an der Sache herausstellen, deshalb keine weiteren Rechte geltend machen. Hat er dagegen wegen jenes Mangels sein Minderungsrecht geltend gemacht, so sind ihm wegen der anderen Mängel alle Rechte vorbehalten: er kann also dieser Mängel wegen den Preis ein zweites Mal mindern oder auch nunmehr den ganzen Kauf wandeln.[38])

8. a) Die Frage, ob der Käufer seine Rechte wegen etwaiger Mängel der Kaufsache durch vorbehaltlose Annahme der Sache verliert, wird in römischer Art verneinend entschieden. Nur ein einziges geringes Zugeständnis wird der entgegengesetzten deutschen Rechtsanschauung gemacht: sie betrifft solche Mängel, die der Käufer bei der Annahme erweislich gekannt hat. Wegen derartiger Mängel kann nämlich der Käufer seine ädilizischen Ansprüche nur dann geltend machen, wenn er sie sich bei der Annahme besonders vorbehalten hat.[39]) — Daß der Käufer die Mängel bei einiger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, genügt nicht.[40]) Selbst bei dem offensichtlichen Mangel ist also ein Vorbehalt nicht nötig, wenn der Käufer das Glück hatte, ihn nicht zu bemerken, während umgekehrt bei einem ziemlich versteckten Mangel ein sofortiger Vorbehalt unerläßlich ist, wenn der Käufer ihn unglücklicherweise schon bei der Annahme entdeckt.

Ein Vorbehalt „bei der Annahme" läßt sich nur unter Anwesenden durchführen, d. h. wenn bei der Annahme entweder der Verkäufer und der Käufer persönlich oder für den Verkäufer ein zur Empfangnahme von Vorbehaltserklärungen, für den Käufer ein zur Annahme der Kaufsache bevollmächtigter Stellvertreter zugegen ist. Diese Voraussetzung ist aber nicht erfüllt, wenn die Sache durch einen gewöhnlichen Boten des Verkäufers dem Käufer zugeschickt oder durch einen gewöhnlichen Boten des Käufers beim Verkäufer abgeholt wird; denn derartige Boten (Laufburschen, Frachtführer, Postboten u. s. w.) zählen als solche zu jenen bevollmächtigten Stellvertretern nicht; insbesondere kann der Bote des Käufers die Sache nur „entgegennehmen", nicht aber „annehmen"; erst wenn der Käufer die Sache dem Boten abnimmt, liegt eine wirkliche „Annahme" der Sache vor. In derartigen Fällen tritt an Stelle des Vorbehalts „bei der Annahme" der Vorbehalt unverzüglich nach der Annahme; und zwar genügt es, wenn die Vorbehaltserklärung vom Käufer unverzüglich abgesendet wird; ob und wann sie beim Verkäufer ankommt, ist gleichgültig.

Unter der „Annahme" ist nicht bloß die Annahme der Übergabe der Sache zu verstehen. Vielmehr gehört z. B. beim Grundstückskauf auch die Annahme der Grundstücksauflassung hierher, falls die Auflassung der Übergabe vorhergeht.

Der Käufer muß die Mängel, wegen deren er sich seine Rechte vorbehält, thunlichst genau bezeichnen, und nur für diese von ihm bezeichneten Mängel ist der Vorbehalt rechtswirksam; denn ein ganz allgemein gehaltener Vorbehalt des Käufers wäre für den Verkäufer ohne Wert.

b) Von dem zu a genannten Falle abgesehen, ist der Käufer zu einer schleunigen Wahrung seiner Rechte nicht genötigt. Diese Regel gilt erstlich für den Fall, daß der Käufer die Annahme der mangelhaften Sache verweigert, wozu er durchaus berechtigt[41]) ist. Und sie gilt ebenso zweitens, wenn er die Sache zwar annimmt, aber ihre Mängel nicht sofort bei der Annahme erkennt;

---

38) BGB. 475. 39) BGB. 464.
40) Anders das preuß. Landrecht, siehe oben S. 420 c. 41) Abw. HGB. II. 379.

er braucht also die Sache nach erfolgter Annahme durchaus nicht auf etwaige Mängel hin zu untersuchen; und auch wenn er nach der Annahme (wäre es auch nur eine Viertelstunde später) einen Mangel der Sache thatsächlich entdeckt, braucht er dies dem Verkäufer mit nichten anzuzeigen, sondern kann sich in Schweigen hüllen. Doch soll damit nicht bestritten werden, daß im Einzelfall ein solches Schweigen des Käufers als positive Billigung der bereits entdeckten Mängel der Sache ausgelegt werden kann und muß; und daß alsdann der Käufer wegen dieser Mängel aller seiner Rechte verlustig geht, ist selbstverständlich.

c) Durch die Regeln zu b tritt das bürgerliche Gesetzbuch in scharfen Gegensatz zum Handelsgesetzbuch: denn dieses bestimmt für den Kauf zwischen Kaufleuten [42]): erstlich daß der Käufer die ihm gelieferten Sachen thunlichst bald nach der Ablieferung (also nach der Annahme) ordnungsmäßig zu untersuchen und alle Mängel, die er bei einer derartigen Untersuchung zu entdecken imstande ist, dem Verkäufer gleich nach Ablauf der für die Untersuchung erforderlichen Frist anzuzeigen hat; zweitens, daß der Käufer auch alle Mängel, die bei einer ordnungsmäßigen Untersuchung nicht zu finden sind, die er aber durch eine besonders gründliche Untersuchung oder durch einen Zufall dennoch entdeckt, gleich nach der Entdeckung rügen muß. Sonach ist das Handelsrecht gegen den Käufer weit strenger als das bürgerliche Recht. Aber auch die Regel zu a stellt einen Gegensatz zwischen dem bürgerlichen Gesetzbuch und dem Handelsgesetzbuch dar: denn letzteres weiß nichts davon, daß der Käufer einen ihm schon bei der Annahme bekannten Mangel sofort bei der Annahme rügen muß; vielmehr kann der Käufer die Rüge dieses Mangels bis zum Ablauf der ordnungsmäßigen Untersuchungsfrist verschieben. Insoweit ist also das Handelsrecht milder gegen den Käufer als das bürgerliche Recht.

Daß die Regel zu a auf den Handelskauf unter Kaufleuten nicht anwendbar sein soll, ist im Handelsgesetzbuch nicht ausdrücklich gesagt, aber doch wohl zweifellos. Denn nach der Auffassung des Handelsrechts bildet die ordnungsmäßige Untersuchung der Ware einfach einen Teil des Annahmeakts; wenn also der Käufer einen Mangel gleich nach Ablauf der Untersuchungsfrist rügt, so hat er ihn eben im Sinne des Handelsrechts „bei der Annahme“ gerügt. Auf den bürgerlichen Kauf kann diese Auffassung nicht übertragen werden, weil hier eine Untersuchungsfrist überhaupt nicht vorhanden ist.

9. Für den Anspruch des Käufers auf Wandelung und Minderung besteht eine abgekürzte Verjährungsfrist.

a) Die Frist beträgt bei beweglichen Sachen sechs Monate, bei Grundstücken ein Jahr. [43])

b) Der Fristlauf beginnt bei beweglichen Sachen mit der Ablieferung, bei Grundstücken mit der Übergabe [44]). Lehnt also der Käufer Ablieferung und Übergabe ab oder kommt es aus anderen Gründen nicht zur Ablieferung, z. B. weil die vom Verkäufer an den Käufer abgesendete Sache unterwegs verloren geht, so bleibt die kurze Verjährung ganz außer Anwendung.

---

42) HGB. II 377. 43) BGB. 477. 44) BGB. 477.

Die Unterscheidung von Ablieferung und Übergabe ist nicht zweifellos. Meine Ansicht ist die folgende: 1) „Übergabe" ist die Übertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes; wenn also ein Hauskäufer den Verkäufer als Mieter im unmittelbaren Besitze des Hauses läßt, so beginnt die Verjährungsfrist schon mit dem Tage, an dem dies Mietverhältnis vereinbart ist, nicht erst mit dem Tage, an dem der Verkäufer aus- und der Käufer einzieht. 2) „Ablieferung" ist nur diejenige Übergabe, welche den Käufer in die Lage versetzt, die Sache zu untersuchen; wenn also die Übergabe durch einen Boten erfolgt, so ist die Ablieferung erst vollzogen, wenn der Bote die Sache dem Käufer selbst oder einem zur Untersuchung der Sache bevollmächtigten Stellvertreter des Käufers übergiebt. Gleichgültig ist dabei, ob der Bote vom Verkäufer oder vom Käufer bestellt ist. In letzterem Falle ist freilich die Rechtslage des Verkäufers eine ziemlich unsichere; er kann sich aber dadurch schützen, daß er sich ausbedingt, der Käufer müsse seinen Boten zur Untersuchung der Sache bevollmächtigen.

c) Je nachdem der Käufer der mangelhaften Sache den Kaufpreis bereits entrichtet hat oder nicht, wird er den Wandelungs- und Minderungsanspruch durch Klage oder Einrede geltend machen: mit der Klage fordert er (vollständig oder teilweise) die Rückgewähr des bereits bezahlten, mit der Einrede weigert er (vollständig oder teilweise) die Entrichtung des noch unbezahlten Kaufpreises. Nun greift die allgemeine Regel, daß ein verjährter Anspruch weder zur Klage noch zur Einrede tauglich ist, auch hier Platz[45]): kraft eines verjährten Wandelungs- oder Minderungsrechts kann der Käufer nicht bloß nicht auf Rückgewähr des bezahlten Preises klagen, sondern nicht einmal die Entrichtung des noch ausstehenden Preises einredeweise verweigern. Doch gilt in dieser Beziehung folgende sehr wichtige Unterscheidung.

α) Der Lauf der Verjährung des **Klagrechts** bestimmt sich nach den allgemeinen Verjährungsregeln. Demnach wird die Verjährung dadurch, daß der Käufer dem Verkäufer die Mängel **anzeigt**, nicht unterbrochen. Vielmehr tritt eine Unterbrechung der Verjährung nur ein, wenn der Käufer den Verkäufer verklagt, ihm gerichtlich den Streit verkündet, ein Anerkenntnis seines Anspruchs von ihm erlangt u. s. w.

Nur nach zwei Richtungen hin stellt das Gesetz Sondervorschriften auf[46]): 1. der Wandelungs- und der Minderungsanspruch gelten für die Verjährung als Einheit: wird die Verjährung wegen **eines** Anspruchs gehemmt oder unterbrochen, so wirkt das auch zu Gunsten des anderen Anspruchs. 2. Zu den Unterbrechungsgründen zählt es auch, wenn der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt.

β) Ganz anders bei der Verjährung des **Einrederechts**: hier wird — nach einer zuerst im alten Handelsgesetzbuch[47]) aufgestellten Regel — der Lauf der Verjährung dadurch, daß der Käufer dem Verkäufer einen Mangel der Sache außergerichtlich anzeigt, nicht bloß unterbrochen, sondern sogar für immer zum Stillstande gebracht: die Einrede ist fortab unverjährbar.[48]) Und zwar genügt es, wenn die Anzeige noch vor Ablauf der Verjährungsfrist an den Verkäufer **abgesendet** ist; ob und wann sie beim Verkäufer ankommt, ist gleichgültig; der Verkäufer muß sich also hüten, aus dem Nichteintreffen

---

45) Siehe oben S. 255, 4. Ebenso das sächs. GB. 923, 170 und die gemeinrechtliche Praxis (RG. 2 S. 158). Abw. die preußische Praxis, Eccius 1 § 85[82].

46) BGB. 477 Abs. 2, 3. 47) HGB. I, 349. 48) BGB. 478.

einer Mängelanzeige des Käufers voreilige Schlüsse zu ziehen. Dagegen kann eine Mängelanzeige, die erst nach Ablauf der Verjährungsfrist abgesendet wird, die bereits vollendete Verjährung selbstverständlich nicht mehr rückgängig machen.

Beispiel. Die Näherin A. kauft und empfängt von B. am 1. April eine Nähmaschine: A. und B. überbieten sich in Geduld, A., indem sie sich mit der unbrauchbaren Maschine schweigend quält, B. indem er die Nichtzahlung des Kaufpreises gleichfalls schweigend erträgt; am 1. Oktober zeigt sich, daß die Geduld der A. thöricht, die des B. dagegen sehr diplomatisch war: denn die A., wenn sie nicht etwa noch am 30. September einen Beschwerdebrief abgeschickt hat, muß die unbrauchbare Maschine behalten und den vollen bedungenen Preis zahlen.

Die Mängelanzeige muß (wie der oben S. 429 besprochene Vorbehalt) die Mängel thunlichst genau bezeichnen und ist nur für diese von ihr bezeichneten Mängel wirksam. Daß der Käufer Ansprüche aus den Mängeln herleiten will und welche, braucht er dagegen in der Anzeige nicht zu sagen: namentlich ist es nicht nötig, daß er die Sache dem Verkäufer „zur Verfügung stellt".

Der Mängelanzeige gleichgestellt ist der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises und die Streitverkündigung.

d) Die kurze Verjährung gilt nicht, wenn es sich um Mängel handelt, die der Verkäufer arglistig verschwiegen hat. Hier verjährt also das Klagerecht des Käufers erst in dreißig Jahren; das Einrederecht des Käufers ist sogar ganz unverjährbar.[49])

Was unter arglistiger Verschweigung eines Mangels zu verstehen ist, haben wir schon bei Besprechung einer anderen Regel — oben zu I 3 c — erörtert. Nur war bei jener Regel vorausgesetzt, daß der Verkäufer beim Kaufabschluß arglistig geschwiegen hat. Hier, wo es sich um den Ausschluß der kurzen Verjährung handelt, genügt es dagegen, wenn der Verkäufer entweder bei dem Abschluß oder bei der Erfüllung arglistig geschwiegen hat: er bemerkt z. B. nachträglich in einem bereits verkauften Buche einen Fettfleck und verklebt die betreffenden Seiten; auch eine Ausbesserung der Sache gehört hierher, falls sie geschieht, um den Fehler zu verdecken, nicht um ihn möglichst zu beseitigen: der Verkäufer versucht z. B. den abgebrochenen Henkel eines schweren zu Gebrauchszwecken bestimmten Kruges anzukitten.

e) Gleichgültig für den Beginn und Lauf der kurzen Verjährung ist es, wann der Käufer den Mangel der Kaufsache erkannt hat oder hat erkennen können. Sonach bezieht sich die Gewährpflicht des nicht arglistigen Verkäufers — wenigstens dem praktischen Ergebnisse nach — auf solche Mängel, die erst nach dem Ablauf des kritischen 6. oder 12. Monats hervortreten, überhaupt nicht; dafür, daß vom 7. Monate ab Fahrräder sich plötzlich abnutzen, Seidenstoffe brüchig werden u. dergl. steht der (nicht arglistige) Verkäufer nicht ein!

Für das Rügerecht des Käufers beim Handelskauf hatte HGB. I 349 Abs. 1 der sechsmonatigen Verjährungsfrist noch eine gleich lange Ausschlußfrist hinzugefügt. Hierüber s. m. Lehrb. des Handelsrechts § 39 II, a.

III. Ist die Kaufsache nur der Gattung nach bestimmt gewesen, so hat der Käufer außer den ädilizischen Ansprüchen noch ein drittes Recht[50]): er kann fordern, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert

---

49) BGB. 477 Abs. 1, 478 Abs. 2; ebenso HGB. I, 350, und auch das bisherige bürgerliche Recht, s. oben S. 420 d. 50) BGB. 480.

wird. Dies Recht wird ähnlich dem Recht auf Wandelung behandelt: in der That steht es diesem Rechte auch inhaltlich nahe, da es darauf abzielt, zwar nicht den Kaufvertrag, aber doch die vom Verkäufer zur Erfüllung des Kaufvertrages angebotene Leistung rückgängig zu machen. Demgemäß ist der Käufer an seine Erklärung, die Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache zu fordern, erst dann gebunden, wenn auf sein Verlangen der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt hat. Demgemäß muß der Käufer Zug um Zug gegen Lieferung der anderen Sache die mangelhafte Sache zurückgeben, es sei denn, daß letztere ohne sein Verschulden untergegangen ist. Demgemäß verjährt das Recht des Käufers auf Lieferung einer mangelfreien Sache in sechs Monaten seit Ablieferung der mangelhaften Sache (außer bei Arglist des Verkäufers) [51]) u. s. f.

IV. 1. Hat der Verkäufer die Mängel der Sache beim Kaufabschluß arglistig verschwiegen [52]), so steht dem Käufer noch ein weiteres Recht zu, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. [53])

a) Der Schadensersatzanspruch kann nicht neben dem Wandelungs- oder Minderungsrecht, sondern nur statt dieser Rechte geltend gemacht werden. Entscheidet sich also der Käufer (einseitig) für den Schadensersatzanspruch, so verwirkt er das Wandelungs- und Minderungsrecht; entscheidet er sich (durch Vertrag) für das Wandelungs- oder Minderungsrecht, so geht umgekehrt der Schadensersatzanspruch verloren.

b) Nimmt der Käufer die Sache vorbehaltlos an, obschon er den Mangel kennt, so erlischt der Schadensersatzanspruch. [54])

c) Der Schadensersatzanspruch geht auf Erstattung des vollen positiven, nicht etwa bloß des negativen Vertragsinteresses, gerade wie wenn der Verkäufer die geschuldete Sache gar nicht geliefert hätte.

d) Der Schadenersatzanspruch verjährt in dreißig Jahren. [55])

2. Der nicht arglistige Verkäufer einer mangelhaften Sache ist dagegen zu Schadensersatz nicht verpflichtet. Allerdings muß auch er, wie wir gesehen haben, jeden erheblichen Mangel der Kaufsache vertreten. Er genießt aber dabei der Rechtswohlthat, daß der Käufer nichts weiter als die Wandelung des Kaufs oder die Minderung des Kaufpreises oder (beim Kauf von Gattungssachen) den Umtausch fordern darf; darüber hinaus soll er ein Risiko nicht tragen. So selbst dann, wenn er grob fahrlässig gehandelt hat!

Beispiel. A. verkauft dem B. Büchsen zum Einmachen von Spargel mit undichtem Verschluß, die er gerade auf Lager hat und dem Käufer vorzeigt, für 40 Mark; weder A. noch B. haben den Fehler bemerkt; nun nimmt B. die Büchsen in Gebrauch und hat, da seine Spargel sämtlich verderben, einen Schaden von 200 Mk. Trotzdem bekommt er nicht diese 200 Mk., sondern bloß die für die Büchsen bezahlten 40 Mk. zurück, mag A. als Fach-

---

51) Ebenso HGB. I, 349. Im übrigen greift nach bisherigem Recht die kurze Verjährung nicht Platz. 52) Siehe oben S. 422 c. 53) BGB. 463.

54) BGB. 464. 55) BGB. 477 Abs. 1, 478 Abs. 2.

mann bei dem Verkaufe noch so fahrlässig gehandelt haben, mag B. als Nichtfachmann noch so unschuldig sein.

Das preußische Recht ist in dieser Hinsicht strenger gegen den Verkäufer; es verpflichtet ihn zu Schadensersatz schon bei bloßer Fahrlässigkeit.[56]) Das gemeine Recht ist zweifelhaft.

3. Die Regeln zu 1. und 2. handeln nur davon, ob der Verkäufer schadensersatzpflichtig ist, weil er eine mangelhafte Sache verkauft hat. Sie berühren dagegen die Frage nicht, ob ein Verkäufer, der eine mangelhafte Sache liefert, nicht wegen seines Verhaltens nach dem Kaufabschluß schadensersatzpflichtig sein kann. Diese Frage ist also nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Insbesondere ist sie zu bejahen, wenn der Verkäufer nach dem Kaufabschluß fahrlässig (nicht bloß vorsätzlich) die individuell bestimmte Kaufsache beschädigt, ferner wenn er beim Kauf von Sachen, die nur der Gattung nach bestimmt waren, zum Zwecke der Lieferung an den Käufer fahrlässig (nicht bloß arglistig) mangelhafte Stücke aussucht u. s. w.

V. 1. Man könnte daran denken, dem Käufer einer mangelhaften Sache noch ein fünftes Recht zuzusprechen, nämlich das Recht auf Beseitigung des Mangels, auf Ausbesserung der Sache. Doch lehnt unser Gesetzbuch diesen Gedanken stillschweigend ab.[57]) Es wahrt also die Grenze, welche den Kaufvertrag vom Werkvertrage scheidet, auf das strengste: der Verkäufer als solcher ist von Rechts wegen nicht ausbesserungspflichtig.[58]) Eine Ausnahme gilt nur in dem Fall, daß der Verkäufer selber den Mangel nach dem Kaufabschluß schuldhaft herbeigeführt hat.[59])

2. Während der Käufer die Ausbesserung der mangelhaften Kaufsache vom Verkäufer nicht fordern kann, muß er sie sich gefallen lassen, wenn sie ihm vom Verkäufer aus freien Stücken angeboten wird[60]), und zwar binnen einer Nachfrist[61]), die in gleicher Art zu bestimmen ist, wie die Nachfrist beim Lieferungsverzuge des Verkäufers. Das ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, aber selbstverständlich: denn es geht nicht an, daß der Verkäufer, der die Kaufsache in mangelhaftem Zustande liefert, strenger behandelt wird, als der Verkäufer, der sie gar nicht liefert.

VI. Wenn der Verkäufer dem Käufer absichtlich oder aus Versehen eine ganz andere Sache als die verkaufte — nämlich, falls die Kaufsache individuell bestimmt war, ein anderes Sachindividuum oder, falls die Sache nur der Gattung nach bestimmt war, eine zu einer anderen Gattung gehörige Sache — liefert, kommen die Regeln dieses Paragraphen nicht zur Anwendung.[62]) Es kann also z. B. der Käufer die fälschlich gelieferte Sache nicht unter Minderung des Preises behalten, die kurze Verjährungsfrist greift nicht Platz u. s. w.

Beispiel I. A. kauft eine individuell bestimmte Photographie von B., B. sendet aber ein anderes Exemplar: A. kann es zurückweisen, selbst wenn die Fehler dieses Exemplars lächerlich gering sind. II. M. kauft von N. einen nicht individuell bestimmten Block karrarischen Marmors; N. sendet aber mißverständlich einen Block griechischen Marmors: M. kann den Fehler der Lieferung rügen, auch wenn er ihn erst nach einem Jahre entdeckt.

---

56) Pr. LR. I, § 320. 57) Abw. Schollmeyer 15.
58) Anders Pr. LR. I, 5 § 325, 331. 59) BGB. 249.
60) Abw. Endemann § 161[20]. 61) Ebenso Pr. LR. I, 5 § 325, 326, 331.
62) Anders teilweise HGB. II, 378.

VII. 1. Ist es streitig, ob eine individuell bestimmte Kaufsache mangelhaft ist, so ist der Käufer beweispflichtig, gleichgültig, ob er die Kaufsache bereits angenommen hat oder nicht. Dies ergiebt sich daraus, daß unser Gesetz die Gewährschaftspflicht des Verkäufers negativ formuliert: „Der Verkäufer haftet dafür, daß die Sache . . . nicht mit Fehlern behaftet ist“ [63]). Denn das hat einen Sinn nur dann, wenn der Käufer bezüglich der Fehler beweispflichtig ist. [64])

2. Dagegen hat beim Kaufe von Gattungssachen, wenn der Käufer die Annahme verweigert, der Verkäufer den Beweis zu führen, daß das von ihm angebotene Stück zu der vertragsmäßig bestimmten Gattung gehört und von mittlerer Beschaffenheit ist.

VIII. Die Gewährleistung des Verkäufers für ordnungsmäßige Beschaffenheit der Kaufsache fällt fort, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand oder wenn sie in der Zwangsvollstreckung verkauft wird. [65])

Forts. Besondere Vereinbarungen der Parteien.

§ 128.

I. Die im vorigen Paragraphen dargestellten Regeln können im Kaufvertrage zu Ungunsten des Verkäufers beliebig verschärft werden.

1. Am häufigsten geschieht dies dadurch, daß der Verkäufer gewisse Eigenschaften der Sache besonders zusichert.[1]) Eine solche Zusicherung ist von offenbarer Wichtigkeit, wenn sie Eigenschaften betrifft, welche nicht bereits von Gesetzes wegen — wegen des Erfordernisses „ordnungsmäßiger“ Beschaffenheit der Kaufsache — vom Verkäufer zu gewährleisten sind: dann alsdann wird die Gewährleistungspflicht des Verkäufers durch die Zusicherung extensiv vergrößert; so muß z. B. ein Verkäufer kraft einer bezüglichen Zusicherung dafür aufkommen, daß die verkaufte Uhr eine Woche lang ohne Unterbrechung geht, während er ohne die Zusicherung den ununterbrochenen Gang nur für 30 Stunden zu gewährleisten hat. Aber auch dann, wenn die Zusicherung eine Eigenschaft betrifft, für die der Verkäufer bereits von Gesetzes wegen haftet, ist sie keineswegs bedeutungslos; denn sie vergrößert, wie alsbald zu zeigen, die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wenigstens intensiv.

a) Die Regel, daß der Verkäufer für Mängel nicht haftet, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache nur unerheblich mindern, gilt für den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft nicht.[2])

Kann es doch vorkommen, daß die Sache, der eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, durch diesen Fehler an Wert und Tauglichkeit geradezu gewinnt. Beispiel: A. sendet dem B. das

63) Siehe oben S. 421. 64) Abw. Endemann § 161, 4.
65) BGB. 461. ZPO. 710a (Entwurf); RGes. v. 24. 3. 97 § 56.
1) BGB. 459 Abs. 2. 2) BGB. 459.

bestellte Taschenmesser mit Korkzieher, obschon B. sich den Korkzieher ausdrücklich verbeten hat; der Preis des Messers wird durch den Korkzieher nicht erhöht, die Haltbarkeit nicht vermindert, Aussehen und Brauchbarkeit geradezu verbessert. Auch für solche vorteilhaften Fehler ist der Verkäufer selbstverständlich haftbar!

b) Auch die fernere Regel, daß der Verkäufer für einen Mangel nicht haftet, den der Käufer beim Kaufabschluß nur aus grober Fahrlässigkeit übersehen hat, darf auf den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft nicht bezogen werden.[3]) Der Käufer braucht also durchaus nicht zu prüfen, ob die verkaufte Sache die zugesicherten Eigenschaften in Wahrheit besitzt, sondern kann sich „unbesehen" auf die Zusicherung verlassen. Nur wenn der Käufer die Unrichtigkeit der Zusicherung wirklich gekannt hat, ist der Verkäufer haftfrei.[4])

c) Weiter: wenn die Sache eine zugesicherte Eigenschaft nicht besitzt, hat der Käufer nicht bloß die ädilizischen Ansprüche und beim Kauf von Gattungssachen das Recht auf Umtausch, sondern auch einen Anspruch auf Schadensersatz, selbst dann, wenn der Verkäufer seine Zusicherung in gutem Glauben abgegeben hat. Doch ist dabei, wenn es sich um den Kauf einer individuell bestimmten Sache handelt, vorausgesetzt, daß der Mangel schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden gewesen ist, während beim Kaufe einer Gattungssache an Stelle der Zeit des Kaufabschlusses die des Gefahrübergangs tritt.[5])

d) Schließlich: solange der Käufer die Sache nicht angenommen hat, muß der Verkäufer das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften beweisen.

e) Im übrigen wird dagegen die Haftung des Verkäufers für den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft gerade ebenso behandelt wie die Haftung für sonstige Mängel. Hervorzuheben ist folgendes: 1. die Haftung erlischt, wenn der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt[6]); 2. der Käufer kann nicht fordern, daß der Verkäufer der Sache die fehlenden Eigenschaften im Wege der Ausbesserung nachträglich verschafft[7]); 3. wenn der Verkäufer gutgläubig gehandelt hat, verjährt nicht bloß der Anspruch auf Wandelung, Preisminderung und Umtausch, sondern auch der Anspruch auf Schadensersatz in der abgekürzten Frist von 6 oder 12 Monaten.[8 9])

f) Die Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache ist nur dann — extensiv und intensiv — wirksam, wenn sie erkennbar in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben ist. Das ist an und für sich selbstverständlich, muß aber um deswillen besonders hervorgehoben werden, weil die rechtsverbindliche Absicht gerade bei derartigen Zusicherungen erfahrungsmäßig sehr häufig fehlt. Steht

---

3) BGB. 460. 4) Abw. Schollmeyer S. 14.

5) BGB. 463, 480.

6) BGB. 464. Dagegen gilt Pr. LR. I, 5 § 331 für den Mangel zugesicherter Eigenschaften nicht. 7) Abw. Pr. LR. I, 5 § 325.

8) BGB. 477. Ebenso HGB. I, 349; abw. dagegen das preußische Recht, Eccius § 85[85].

9) Über die Aufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch s. BGB. 479.

doch leider fest, daß ein Verkäufer, der seine Ware lobt, nur zu oft selber gar nicht ernst genommen werden will.

Demnach sind die bekannten albernen Anpreisungen unserer Händler, ein Stoff sei „von prima Qualität“, „hochfein“, „unverwüstlich“, „das beste, was am Platze vorhanden sei“ u. dgl. rechtlich wertlos. Aber auch ernstliche Angaben des Verkäufers über seine Ware sind nicht immer rechtsverbindlich, sondern können lediglich berichtender Art sein, welches Falles der Zusatz „meines Wissens“, „ohne Gewähr“ als selbstverständlich zu unterstellen ist; dies wird z. B. bei den Angaben der Apotheker über die Heilkraft ihrer Pillen und Salben zu beachten sein.

2. Eine abgekürzte Art, bestimmte Eigenschaften der Kaufsache zuzusichern, findet sich bei dem Kaufe nach Probe oder nach Muster: hier gelten einfach sämtliche Eigenschaften der Probe als zugesichert. Demgemäß kommen, wenn die Kaufsache nicht probemäßig ausfällt, die soeben zu 1. entwickelten Regeln zur Anwendung [10]); insbesondere trifft, wenn die Probemäßigkeit der gelieferten Ware streitig ist, die Beweislast den Verkäufer, es sei denn, daß der Käufer die ihm übergebene Probe schuldhaft verloren oder verändert hat. [11])

3. Der Zusicherung einer „Eigenschaft“ der Kaufsache steht die Zusicherung irgend eines thatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisses der Sache gleich. Hierher gehört z. B. die Zusicherung, das Grundstück grenze an eine Pferdebahnlinie, der Spazierstock sei im Besitze von Schopenhauer gewesen, das Modell des Hutes sei als Gebrauchsmuster geschützt, das Porträt sei ein echter Lenbach.

4. Auch Angaben über die Quantitätsverhältnisse der Kaufsache können als Zusicherung einer „Eigenschaft“ behandelt werden. Dagegen gehören Quantitätsangaben, die nach der Verkehrsanschauung eine Eigenschaft der Sache nicht betreffen, nicht hierher; wenn die vom Verkäufer wirklich gelieferte Ware hinter einer derartigen reinen Quantitätsangabe zurückbleibt, kommen also nicht die Regeln zu 1 zur Anwendung, sondern die Regeln, welche für den (teilweisen) Lieferungsverzug des Verkäufers gelten.

Beispiel. A. hat von B. 200 eichene Bretter, 3 Centimeter dick, 30 Centimeter breit, 2 Meter lang für den Gesamtpreis von X Mk. gekauft; behauptet A., er habe nur 180 Bretter bekommen, so rügt er einen reinen Quantitätsmangel; sein Anspruch auf Nachlieferung der fehlenden 20 Bretter verjährt also erst in 30 Jahren; behauptet er dagegen, die gelieferten 200 Bretter seien nur $2^1/_2$ Centimeter dick, so rügt er einen Qualitätsmangel: seine Ansprüche wegen der mangelnden Dicke verjähren also (falls der Verkäufer nicht arglistig war) in 6 Monaten.

Für den Verkauf von Grundstücken [12]) ist besonders vorgeschrieben, daß der Mangel der zugesicherten Größe als Qualitätsmangel gelten solle. Doch kann der Käufer wegen dieses Mangels regelmäßig nur einen Anspruch auf Preisminderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen; ein Anspruch auf Wandelung steht ihm dagegen bloß dann zu, wenn der Mangel so erheblich ist, daß die Erfüllung des Vertrags kein Interesse für ihn hat: er hat z. B. ein Grundstück als Baustelle gekauft; das Grundstück ist aber entgegen den Angaben des Verkäufers so schmal, daß es nicht bebaut werden kann.

---

10) BGB. 494. Ebenso HGB. I 340 und das bisherige bürgerliche Recht mit Ausnahme des französischen, welches den Kauf nach Probe als durch die Probemäßigkeit der Ware bedingt behandelt (c. c. 1587).

11) RH. 9 Nr. 10; 12 Nr. 2; RG. 11 S. 38, Cropp in Heise's und seinen Abhandl. S. 212. 12) BGB. 468.

5. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung der ordnungsmäßigen Beschaffenheit der Kaufsache kann vertragsmäßig noch in anderer Art als durch Zusicherung gewisser Eigenschaften der Sache verschärft werden. So kann z. B. der Verkäufer sich im voraus verpflichten, etwaige Mängel der Sache auszubessern. So kann ferner — was bei den sonstigen Verjährungsfristen nicht zulässig ist [13]) — die Verjährungsfrist für die Ansprüche des Käufers über die gesetzlichen 6 bezw. 12 Monate hinaus verlängert werden; wenn der Verkäufer irgend eine Garantie für die Sache auf länger als 6 oder 12 Monat übernimmt, muß eine entsprechende Verlängerung der Verjährungsfrist sogar als stillschweigend vereinbart gelten.

II. Umgekehrt können die Regeln des vorigen Paragraphen im Kaufvertrage zu Gunsten des Verkäufers beliebig abgeschwächt werden. So kommt es nicht selten vor, daß der Verkäufer die Gewähr für gewisse Mängel der Kaufsache vertragsmäßig ablehnt oder gar die Sache ohne jede Gewähr für Mängel (z. B. ein Hausgrundstück „wie es steht und liegt") verkauft. Ebenso kann es vorkommen, daß der Verkäufer bei Entdeckung etwaiger Mängel das Preisminderungsrecht des Käufers ausschließt, daß er die Verjährungsfrist noch unter das gesetzliche Maß herabsetzt u. s. w. Nur sollen alle derartige Vergünstigungen insoweit nichtig sein, als der Verkäufer einen Mangel der Sache arglistig verschweigt. [14])

Forts. Viehhandel.

§ 129.

Die Regeln der beiden vorhergehenden Paragraphen gelten an und für sich auch für den Kauf von Tieren, z. B. von Hunden, Ziegen, Geflügel, Fischen. Nur für den Kauf gewisser Arten der Tiere, nämlich von Pferden, Eseln, Maultieren, Rindvieh, Schafen und Schweinen kommen besondere Vorschriften zur Anwendung. [1])

1. Auch der Viehverkäufer muß für ordnungsmäßige Beschaffenheit seiner Ware aufkommen. Jedoch wird die Frage, was unter dieser ordnungsmäßigen Beschaffenheit zu verstehen ist, nicht, wie bei anderer Ware, frei von Fall zu Fall entschieden. Vielmehr wird die Antwort — wie im altdeutschen Recht — schablonenhaft durch einen Katalog gegeben, welcher die „Hauptmängel" jeder Viehart der Reihe nach aufzählt. Der Verkäufer haftet für alle Mängel, die der Katalog erwähnt; für Mängel, deren der Katalog nicht gedenkt, haftet er nicht, nicht einmal im Falle der Arglist. Zugleich setzt der Katalog für jeden Hauptmangel eine sog. Gewährfrist fest, mit der Maßgabe, daß der Verkäufer auch für Hauptmängel nur dann einsteht, wenn sie sich innerhalb

---

13) Siehe oben S. 253⁵. 14) BGB. 476.

1) Über älteres Recht s. oben S. 418, 419 a.

der Gewährfrist zeigen; die Gewährfrist beginnt mit dem Ablauf des Tages, an welchem die Gefahr des Tiers auf den Käufer übergeht.[2]) — Der Katalog wird erstmalig durch eine mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassende kaiserliche Verordnung festgestellt und kann im gleichen Wege ergänzt oder abgeändert werden.

Die Eigentümlichkeit dieser Regel wird am deutlichsten, wenn eine Viehseuche auftritt, die bisher noch unbekannt war und deshalb in den kaiserlichen Katalog nicht hat aufgenommen werden können: der Verkäufer ist haftfrei, mag auch das verkaufte Tier am Tage nach dem Kaufe der Seuche rettungslos verfallen. Selbst daß der Kaiser seinen Katalog schleunigst ergänzt, hilft nur für die Zukunft, weil die Ergänzung keine rückwirkende Kraft hat.

Ist das verkaufte Tier nur der Gattung nach bestimmt, so haftet der Verkäufer auch für nebensächliche Mängel: denn der Satz, daß beim Gattungskauf der Verkäufer Sachen mittlerer Beschaffenheit zu liefern hat, ist auch für den Viehkauf gültig.

2. a) Ist das verkaufte Tier mit einem Mangel behaftet, den der Verkäufer vertreten muß, so hat der Käufer kein Minderungsrecht. Er hat vielmehr regelmäßig nur das Recht, den Kauf zu wandeln, außerdem bei Arglist des Verkäufers das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, endlich, wenn das verkaufte Tier bloß der Gattung nach bestimmt war, das Recht, daß ihm statt des mangelhaften Tieres ein mangelfreies geliefert wird.[3])

b) Für die Wandelung gelten die allgemeinen Regeln. Doch kann der Käufer die Wandelung auch dann fordern, wenn durch seine Schuld das Tier untergegangen oder wesentlich verschlechtert, also namentlich auch dann, wenn das Tier geschlachtet ist. Demgemäß behält er das Wandelungsrecht auch dann, wenn er sich die Rückgabe des Tieres anderweit unmöglich macht, also namentlich wenn er das Tier weiterverkauft hat und den Verkauf nicht rückgängig machen kann. In solchen Fällen muß er aber den Wert des Tieres vergüten.[4])

Nutzungen hat der Käufer nur insoweit zu ersetzen, als er sie thatsächlich gezogen hat.[5])

Der Verkäufer muß dem Käufer nicht bloß den Kaufpreis samt Zinsen, sondern auch die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung, sowie der etwa notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres ersetzen.[6])

Ist über den Wandelungsanspruch ein Rechtsstreit anhängig, so kann jede Partei den Erlaß einer einstweiligen Verfügung verlangen, welche die öffentliche Versteigerung des Tieres und die Hinterlegung des Erlöses anordnet, sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr nötig ist.[7])

3. a) Der Käufer darf die Bemängelung des verkauften Tieres nicht bis zum Ende der Verjährungsfrist aufschieben, sondern muß die Mängel dem Verkäufer spätestens zwei Tage nach dem Ablauf der Gewährfrist anzeigen. Die Frist wird schon durch Absendung der Anzeige gewahrt, ebenso durch Klageerhebung, Streitverkündigung oder Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises. Ist das Tier vor Ablauf der Gewähr-

---

2) BGB. 482, 483. Der Katalog ist zur Zeit noch nicht festgestellt.
3) BGB. 487 Abs. 1, 481. 4) BGB. 487 Abs. 2. 5) BGB. 487 Abs. 4.
6) BGB. 488. 7) BGB. 489.

frist geschlachtet oder verendet, so laufen die zwei Tage vom Tode des Tiers. Versäumt der Käufer die Frist, so verliert er alle ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte, es sei denn, daß der Verkäufer sie arglistig verschwiegen hat.[8])

b) Hat der Käufer die Mängel schon bei der Annahme des Tiers gekannt, so greift die allgemeine Regel Platz, daß er sich seine Rechte sofort bei der Annahme vorbehalten muß.[9])

4. Die Verjährung der Ansprüche des Käufers geschieht in gleicher Art wie bei sonstigen Käufen, nur ist die Verjährungsfrist auf sechs Wochen — vom Ende der Gewährfrist ab — herabgesetzt.[10])

5. Die Beweislast ist die gleiche wie bei sonstigen Käufen; jedoch wird, wenn sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist zeigt, vermutet, daß der Mangel schon zu der Zeit vorhanden gewesen ist, zu welcher die Gefahr auf den Käufer überging.[11])

6. Die vorstehenden Regeln können vertragsmäßig abgeändert werden, So ist z. B. eine Verlängerung sowohl wie eine Verkürzung der Gewährfristen zulässig. Es kann ferner der Verkäufer die Gewährleistung auch für nebensächliche Mängel des verkauften Tieres übernehmen, sei es unter Festsetzung einer Gewährfrist, sei es ohne Gewährfrist; eine derartige vertragsmäßige Gewährleistungspflicht wird ebenso behandelt wie die gesetzliche, z. B. was den Ausschluß des Anspruchs auf Preisminderung, die kurze Anzeigefrist, die Beweisregel zu 5 angeht; auch die Verjährungsfrist ist eine sechswöchige; ist keine Gewährfrist vereinbart, so laufen die 6 Wochen von der Ablieferung des Tieres.[12]) Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer gewisse Eigenschaften des verkauften Tieres positiv zusichert; nur werden in diesem Falle die Ansprüche des Käufers ebenso wie bei anderen Käufen intensiv verstärkt.[13])

Nicht selten übernimmt der Verkäufer die Gewähr für alle Mängel des verkauften Viehs. Nach dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs (Reichstagsvorlage 487) sollte eine derartige Zusage im Zweifel nur auf die Hauptmängel bezogen werden, also die Haftpflicht des Verkäufers bloß „intensiv" verstärken (s. oben S. 436). Der Reichstag hat aber diese Regel gestrichen. Jene Zusage muß deshalb zugleich als eine „extensive" Verstärkung der Haftpflicht des Verkäufers aufgefaßt, nämlich auch auf solche nebensächliche Fehler des Viehs bezogen werden, die nach Lage des Einzelfalls als vertragswidrig erscheinen.

c) Die einzelnen Verpflichtungen des Käufers.

§ 130.

I. Die Hauptverpflichtung des Käufers geht auf die Zahlung des Kaufpreises. Sie unterliegt den Vorschriften, die für Verpflichtungen zu einer

8) BGB. 485. 9) BGB. 481, 464. 10) BGB. 490.

11) BGB. 484.

12) BGB. 492. Vgl. dagegen Endemann § 161, 3: „wird Mangelfreiheit zugesichert, so bewirkt dies eine Verlängerung der Gewährfrist um 6 Wochen".

13) Siehe oben S. 436.

Geldzahlung im allgemeinen gelten, z. B. was den Erfüllungsort betrifft.[1]) Nur für den **Verzug** des Käufers bei der Kaufpreiszahlung gelten einzelne Sonderregeln. Deshalb ist hier auf diesen Zahlungsverzug des Käufers näher einzugehen.

Übrigens hatte auch schon das Pr. LR. I, 11 § 230, 224, 226 einige Sonderbestimmungen für den Zahlungsverzug des Käufers aufgestellt: es gab nämlich dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht, wenn er seinerseits noch nicht erfüllt hatte oder doch binnen 8 Tagen nach der Erfüllung Klage auf Kaufpreiszahlung erhob.

1. Erster Fall: der Verkäufer hat seinerseits noch nicht erfüllt, sondern die ihm obliegenden Leistungen — vielleicht gerade mit Rücksicht auf den gegnerischen Verzug — zurückgehalten. Alsdann hat er das gewöhnliche dreifache Wahlrecht.[2])

a) Er kann also erstlich nachträgliche Zahlung des Preises und Schadensersatz wegen der Verzögerung z. B. Verzugszinsen fordern. Dann bleibt er natürlich zur Erfüllung der ihm selber obliegenden Pflichten verbunden, insbesondere zur Lieferung der Kaufsache.

b) Er kann ferner — regelmäßig unter Gewährung einer Nachfrist — die nachträgliche Zahlung des Kaufpreises zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages fordern. Dadurch wird er von der Erfüllung der ihm selber obliegenden Pflichten frei; er braucht insbesondere die Kaufsache dem Käufer nicht zu liefern, sondern kann sie behalten oder anderweit darüber verfügen.[3]) — Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist ähnlich zu berechnen wie beim Lieferungsverzuge des Verkäufers.

α) Die Berechnung kann nämlich **abstrakt** geschehen[4]) durch Vergleich des Vertragspreises (m) mit dem Werte der Kaufsache zu der Zeit, da der Verkäufer von seiner Lieferungspflicht befreit wurde (n); ist jener Preis höher als dieser Wert, so stellt der Unterschied (m—n) den dem Verkäufer gebührenden Schadensersatz dar.

Diese Berechnungsart ist im Gesetze hier sowenig wie beim Lieferungsverzuge des Verkäufers ausdrücklich zugelassen.[5]) Ihre Zulässigkeit ist aber selbstverständlich; denn der Verkäufer büßt, indem er die Annahme des Kaufpreises ablehnt, eben diesen Kaufpreis ein und behält dafür die Sache in ihrem jetzigen Werte, erleidet also thatsächlich eine Vermögensminderung in Höhe von m—n.

β) Die Berechnung kann aber auch **konkret** erfolgen.[6]) Am häufigsten geschieht dies auf Grund eines **Selbsthülfeverkaufs**: der Verkäufer veräußert nämlich die Sache, deren Bezahlung der Käufer versäumt hat, anderweit und fordert, wenn der beim ursprünglichen Verkaufe bedungene Preis (m) höher ist als der Preis des Selbsthülfeverkaufs abzüglich der Auslagen an Maklergebühr, Stempeln u. dgl. (o), den Preisunterschied (m—o) als seinen

1) Siehe oben S. 339. Abw. Pr. LR. I. 11 § 93: Zahlung an dem Orte, wo der Verkäufer die Kaufsache zu übergeben hat.

2) BGB. 326. 3) Abw. Planck Anm. 1 a zu § 325.

4) Siehe oben S. 402, 5 a. 5) Außer bei den Handels-Fixgeschäften HGB. II 376.

6) Siehe oben S. 403 b.

Schadensersatz. — Der Selbsthülfeverkauf ist ein vollkommenes Gegenstück zum Deckungskaufe. Deshalb kommen die für letzteren geltenden Regeln auch auf ihn analog zur Anwendung. Der Selbsthülfeverkauf kann also formlos erfolgen [7]), hängt vom freien Willen des Verkäufers ab, ist vom Verkäufer zu rechtfertigen u. s. w.

Die vorstehenden Regeln gelten auch dann, wenn der Verkäufer bereits einen Teil der ihm obliegenden Leistungen vollzogen, z. B. das verkaufte Grundstück zwar noch nicht aufgelassen, aber doch übergeben oder zwar noch nicht übergeben, aber doch aufgelassen hat. Denn es steht fest, erstlich, daß beim Zahlungsverzuge des Käufers der Verkäufer — auch nach einer derartigen Teilerfüllung seinerseits — die nachträgliche Zahlung des ganzen Kaufpreises endgültig zurückweisen kann, zweitens, daß der Verkäufer, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, jedenfalls von dem noch nicht erfüllten Teile seiner Verkäuferpflichten endgültig befreit wird. Dagegen ist es fraglich, ob der Verkäufer diejenigen Teilleistungen, die er bereits vollzogen hat, zurückfordern darf. Wir bejahen die Frage, da es unmöglich angeht, daß es bei der Teilleistung des Verkäufers, z. B. der Auflassung und Nichtübergabe des verkauften Hauses, für immer verbleibt, und geben auch dem Käufer das Recht, seinerseits die Rücknahme der Teilleistung zu verlangen. Dadurch kommt nun aber der Verkäufer offenbar in die gleiche Rechtslage, als ob er noch garnichts geleistet hätte.

c) Der Verkäufer kann endlich — regelmäßig gleichfalls unter Gewährung einer Nachfrist — vom Vertrage zurücktreten. Dann werden die beiderseitigen Verpflichtungen glatt aufgehoben.

2. Zweiter Fall: der Verkäufer hat seinerseits den Vertrag erfüllt, ohne den Kaufpreis zu „stunden", d. h. dem Käufer ein Recht auf n a c h t r ä g l i c h e Zahlung des Preises zuzugestehen. Dann hat er gleichfalls ein dreifaches Wahlrecht. Doch haben die drei Rechte, zwischen denen der Verkäufer wählen kann, nicht ganz den gleichen Inhalt wie im ersten Falle. Er kann nämlich, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wählt, seine bereits vollzogene Leistung nicht rückgängig machen. [8]) Demgemäß kann er, wenn er abstrakt rechnen will, lediglich den vollen Kaufpreis samt Verzugszinsen fordern; davon daß er den jetzigen Wert der Kaufsache in Abzug bringen und bloß den Unterschied zwischen jenem Preise und diesem Werte liquidieren dürfte, ist keine Rede. Ebensowenig kann er, wenn er konkret rechnen will, einen Selbsthülfeverkauf vornehmen; ist doch die Kaufsache dadurch, daß er sie bereits dem Käufer geliefert hat, seiner Verfügung entrückt; vielmehr kann er seine konkrete Rechnung nur auf sonstige Verluste stützen, die ihm die Nichtzahlung des Kaufpreises gebracht hat. Das Ergebnis ist, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung mit der nachträglichen Erfüllung samt Schadensersatz wegen Verspätung praktisch zusammenfällt.

Anders nur dann, wenn der Käufer außer dem Kaufpreise noch andere Leistungen zu machen hatte, wenn für den Kaufpreis ein besonderer Zahlungsort vereinbart war u. dgl. Denn derartige Bestimmungen haben zwar für die nachträgliche Erfüllung der Kaufpreisschuld, nicht aber für den Schadensersatz wegen Nichterfüllung Geltung.

---

7) Ausnahme beim Handels-Fixkauf HGB. II 376.

8) Siehe oben S. 404 b.

3. Dritter Fall: der Verkäufer hat seinerseits den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet. Dann hat er nur ein zweifaches Wahlrecht, nämlich entweder auf nachträgliche Zahlung des Kaufpreises nebst Schadensersatz wegen Verspätung oder auf Zurückweisung des Kaufpreises und Schadensersatz wegen Nichtzahlung; letzterer Schadensersatz ist ebenso zu berechnen wie im zweiten Fall; beide Rechte, zwischen denen der Käufer wählen kann, haben also nahezu den gleichen Inhalt. Ein Recht auf einfachen Rücktritt vom Vertrage hat dagegen der Verkäufer nicht [9]); er kann demnach die Rückgabe der Kaufsache vom Käufer nicht fordern!

Eine Stundung des Kaufpreises liegt darin noch nicht, daß der Verkäufer die Kaufsache liefert, ohne den Kaufpreis sofort einzufordern; denn hiemit hat der Verkäufer noch nicht auf das Recht sofortiger Einforderung verzichtet. Vielmehr ist vorausgesetzt, daß der Verkäufer dem Käufer eine wirkliche rechtsverbindliche Zahlungsfrist bewilligt hat. — Und auch nicht jede dem Käufer bewilligte Zahlungsfrist genügt, sondern nur eine solche, welche den Käufer ermächtigt, später zu leisten als der Verkäufer; ist also z. B. in dem am 1. April geschlossenen Kaufvertrage sowohl die dem Käufer obliegende Zahlung wie die dem Verkäufer obliegende Lieferung bis zum 1. Oktober gestundet, so kommen, wenn der Verkäufer seine Verpflichtung (am 1. Oktober oder auch freiwillig schon im September) erfüllt, der Käufer dagegen in Zahlungsverzug gerät, nicht die Regeln zu 3, sondern die zu 2 zur Anwendung.

II. 1. Der Käufer muß, wie schon im bisherigen Recht [10]), den Kaufpreis von dem Zeitpunkt ab verzinsen, von dem an die Nutzungen der Kaufsache ihm gebühren, und zwar auch dann, wenn die Sache thatsächlich gar keine Nutzungen abwirft. So selbst bei den kleinen Käufen des täglichen Lebens, obschon hier die Verkäufer von ihrem Zinsanspruch keinen Gebrauch zu machen pflegen.

2. Hiernach beginnt die Zinspflicht des Käufers im allgemeinen mit der Übergabe der verkauften Sache; bei Grundstücken beginnt sie schon mit der Eintragung des Käufers im Grundbuche, falls diese der Übergabe vorausgeht. Beim Versendungskaufe ist maßgebender Zeitpunkt nicht die Absendung, sondern die Ablieferung der Sache am Bestimmungsorte.

3. Die besondere Zinspflicht zu 1 fällt fort, wenn der Kaufpreis gestundet ist [11]): ein gestundeter Kaufpreis ist nur nach den allgemeinen Regeln zu verzinsen, also gewöhnlich erst dann, wenn der Käufer vom Verkäufer wegen des Kaufpreises gemahnt ist. [12])

4. Der Regel zu 1, welche den Käufer zur Verzinsung des Kaufpreises nötigt, sobald ihm die Nutzungen der Kaufsache gebühren, würde der Satz entsprechen, daß umgekehrt auch der Verkäufer den Kaufpreis verzinsen muß, sofern er ihn schon zu einer Zeit empfangen hat, da die Nutzungen der Kaufsache noch bei ihm verblieben waren. So hat auch Pr. LR. I 11 § 110 bestimmt. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt dagegen eine solche Zinspflicht des Verkäufers nicht.

III. Von der Übergabe der Kaufsache ab muß der Käufer auch die Lasten der Sache, z. B. beim Hauskauf die Gebäudesteuern tragen. [12a])

---

9) BGB. 454. 10) Mot. 2 S. 329.

11) In dem oben bei I, 3 genannten Sinn. 12) Siehe aber HGB. II 353.

12a) BGB. 446 Abs. 1. Hierbei kommt aber auch die Vorschrift des § 103 BGB. (s. oben S. 131, 7) in Betracht.

IV. Über die Kosten, die den Käufer treffen, siehe oben S. 405 V, 417 VII.

V. Macht der Verkäufer Verwendungen auf die Sache, so ist der Käufer nur nach den Regeln auftragloser Geschäftsführung erstattungspflichtig. Bloß in den Fällen, in welchen die Gefahr der Kaufsache vor der Übergabe auf den Käufer übergeht[13]), greift eine Ausnahme Platz; hier gilt nämlich der Verkäufer als der vom Käufer bestellte Verwalter der Sache; deshalb muß der Käufer ihm alle Verwendungen, die in der Zeit zwischen dem Gefahrübergang und der Übergabe notwendig werden, nach den Regeln auftragsmäßiger Verwaltung erstatten.[14]) Hierher gehören z. B. die Kosten für die Fütterung eines verkauften Tieres während des Transports.

VI. 1. Eine letzte Pflicht des Käufers ist die der Abnahme der gekauften Sache[15]); der Käufer ist also nicht bloß berechtigt, die Lieferung der Kaufsache zu fordern, sondern es kann auch umgekehrt der Verkäufer fordern, daß der Käufer die Lieferung annimmt, regelmäßig sogar, daß er die Kaufsache abholt.[16]) Der Verkäufer kann dies sein Recht nötigenfalls auch durch Klage und Zwangsvollstreckung geltend machen, besonders wichtig, wenn die Aufbewahrung der Sache für ihn lästig oder gar gefährlich ist, z. B. beim Verkauf von Tieren, von Sprengstoffen.

2. Die Abnahmepflicht besteht nur gegenüber einer völlig vertragsmäßigen Lieferung; eine mangelhafte Sache oder eine Sache, die am falschen Orte oder zur falschen Zeit geliefert ist, braucht der Käufer nicht einmal vorläufig abzunehmen.[17])

3. Kommt der Käufer mit der Abnahme in Verzug, so hat der Verkäufer nicht bloß die früher[18]) besprochenen Rechte, die ein Schuldner gegenüber dem in „Annahmeverzug" geratenen Gläubiger hat, also das Recht, verkaufte Grundstücke preiszugeben, verkaufte Kostbarkeiten zu hinterlegen, andere bewegliche Kaufsachen im Wege formellen Selbsthülfeverkaufs zu veräußern. Vielmehr hat er außerdem die Rechte eines Gläubigers gegenüber einem in „Erfüllungsverzug" geratenen Schuldner: denn der Käufer ist ja in Ansehung der Abnahme nicht bloß Gläubiger, sondern zugleich Schuldner. Der Verkäufer hat also das oftmals besprochene dreifache Wahlrecht. Insbesondere kann er die nachträglichen Abnahme der Sache ablehnen und entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern — in diesem Falle kann er als Unterlage für seinen Schadensersatzanspruch einen formlosen Selbsthülfeverkauf vornehmen — oder vom Vertrage einfach zurücktreten. Ganz unerheblich ist es dabei, ob der Käufer gleichzeitig in Zahlungsverzug geraten ist oder — weil er vielleicht den Kaufpreis schon im voraus bezahlt hat oder weil der Termin zur Zahlung des Kaufpreises noch nicht gekommen ist — ein Zahlungsverzug des Käufers nicht vorliegt.

Der Verkäufer kann sowohl die Rechte aus dem Annahme-, wie die Rechte aus dem Erfüllungsverzuge des Käufers geltend machen. Bald werden jene, bald diese Rechte

---

13) Siehe oben S. 395, 4. 14) BGB. 450. 15) BGB. 433 Abs. 2.

16) Siehe oben S. 406.

17) Eine Ausnahme gilt nach Handelsrecht beim Distanzkauf unter Kaufleuten HGB. II 379. 18) Siehe oben S. 347.

für ihn günstiger sein. Zu beachten ist namentlich, daß die Rechte aus dem Annahmeverzuge unabhängig von der Bewilligung einer Nachfrist sind. — Auf die Rechte aus dem Annahmeverzuge ist der Verkäufer beschränkt, wenn der Käufer durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand an der Abnahme der Kaufsache behindert ist.[19])

Im bisherigen gemeinen Rechte ist die Behandlung des Abnahmeverzuges des Käufers streitig. Dagegen stimmt das Pr. LR. I, 11 § 215, 229 wenigstens insofern mit dem bürgerlichen Gesetzbuch überein, als es an der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme keinen Zweifel läßt und dem Verkäufer beim Abnahmeverzuge des Käufers ein Rücktrittsrecht (freilich nur bei Sachen im Werte bis 150 Mk.) zuspricht.

VII. Ist es streitig, ob der Kaufpreis bezahlt ist, so trifft die Beweislast den Käufer: der Verkäufer muß darlegen, daß der Käufer den Kaufpreis schuldig geworden, der Käufer muß beweisen, daß er von dieser Schuld durch Zahlung frei geworden ist. So auch bei den Käufen des täglichen Lebens, obschon die Beweislast den Käufer hier besonders schwer trifft, weil es bei derartigen Geschäften schlechterdings nicht Sitte ist, sich den Beweis der Zahlung durch Quittung u. dgl. zu sichern.

Es ist übrigens ebensowenig Sitte, daß bei derartigen Geschäften der Verkäufer sich den Beweis der Nichtzahlung (Stundung) des Kaufpreises sichert. Die Beweisschwierigkeit bleibt also vollauf bestehen, wenn man die Beweislast vom Käufer auf den Verkäufer abschiebt. Somit kann sie für sich allein in unserer Frage unmöglich den Ausschlag geben.

Für eine bestimmte Art des Kaufs hat man neuerdings dem Käufer den Beweis der Zahlung abzunehmen gesucht[20]), nämlich für den Bar- oder Handkauf, bei dem der Käufer den Verkaufsantrag erst durch die thatsächliche Bezahlung des Kaufpreises annimmt; bei dieser Art des Kaufs sei nämlich der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises in keinem Augenblick verpflichtet, da ja der Abschluß des Kaufvertrages mit der Zahlung des Kaufpreises zeitlich zusammenfalle; sonach brauche der Käufer auch nicht zu beweisen, daß seine Kaufpreisschuld durch thatsächliche Zahlung erloschen sei. Ich bekenne, daß mich diese Beweisführung nicht überzeugt. 1. Sie ist gekünstelt; denn sie führt dazu, daß bei zwei Rechtsgeschäften, die sich juristisch und wirtschaftlich so nah wie möglich stehn, die Beweislast in entgegengesetzter Art geregelt wird. Beispiel: A. und B. bestellen in einer Bahnhofswirtschaft ein Glas Bier: A. bezahlt gleich bei der Bestellung, B. erst, nachdem er bereits einen Schluck getrunken hat; der Kellner streitet beiden die Zahlung ab; dann ist B. beweispflichtig, A. nicht. 2. Sie ist unzutreffend; denn auch, wenn der Käufer den Kaufvertrag erst durch die Zahlung abschließt, geht er eben dadurch die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises ein; das ist besonders deutlich, wenn sich später herausstellt, daß er den vom Verkäufer geforderten Kaufpreis nur teilweise bezahlt hat; denn alsdann darf er nicht etwa die Kaufsache zurückgeben, sondern muß den Kaufpreis ergänzen. Allerdings ist in letzterem Falle der Verkäufer beweispflichtig, aber nur deshalb, weil er die Leistung des Käufers als Erfüllung der Käuferverpflichtung bereits angenommen hatte.[21]) Und diese Annahme muß der Käufer beweisen!

Eine ganz andere Frage ist es, ob nicht der Gesetzgeber weise handeln würde, wenn er in gewissen Fällen dem Käufer die Beweislast abnähme. Er dürfte dann aber seine Beweisregel nicht auf den sog. Barkauf beschränken.

VIII. Alle vorstehenden Regeln können vertragsmäßig abgeändert werden. So wird überaus häufig ausgemacht, daß der Käufer den Kaufpreis, obschon oder vielmehr gerade weil er gestundet ist, seit dem Kaufabschluß oder seit der

---

19) Siehe oben S. 343, 3; 347, 3.

20) Bähr, Urteile des Reichsgerichts (83) S. 34; Dernb. 2 § 94[3], Endemann § 163[10]. — Siehe über den Barkauf ferner Bechmann a. a. O. 2 S. 84 flg.

21) Siehe oben S. 353[2].

Übergabe der Kaufsache verzinsen muß. So kann ferner ein Verkäufer, der den Vertrag seinerseits erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, für den Fall, daß der Käufer in Zahlungsverzug gerät, das ihm gesetzlich vorenthaltene Rücktrittsrecht sich vertragsmäßig zusichern lassen. Eine derartige Zusicherung kann auch stillschweigend erfolgen. Das ist namentlich dann der Fall, wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache sich bis zur Zahlung des Kaufpreises das Eigentum der Sache vorbehielt [22]); ja durch diesen Vorbehalt wird das Rücktrittsrecht des Verkäufers sogar verschärft; denn während der zurücktretende Verkäufer für gewöhnlich nur obligatorische Rechte geltend machen kann und im Konkurse des Käufers als bloßer Konkursgläubiger auftritt, kann der auf einem Eigentumsvorbehalt fußende Verkäufer dingliche Rechte geltend machen und ist im Konkurse des Käufers aussonderungsberechtigt; der Eigentumsvorbehalt wird nämlich vom Gesetze als eine aufschiebend bedingte Übereignung der Kaufsache aufgefaßt. — Der Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises muß besonders vereinbart werden; die römische Regel, daß dieser Vorbehalt selbstverständlich sei, falls der Kaufpreis nicht gestundet wird [23]), ist also (ebenso wie schon jetzt im preußischen Recht), beseitigt. — Bei Grundstücken ist ein Eigentumsvorbehalt (gleichfalls in Übereinstimmung mit dem [jüngsten] preußischen Recht) [24]) unzulässig.

Nach Pr. LR. I, 11 § 269 ist der Eigentumsvorbehalt nur gültig, wenn für den Kaufpreis bestimmte Zahlungstermine vereinbart waren. Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese sehr zweckmäßige Regel nicht beibehalten.

3. Der Kauf unkörperlicher Güter.

§ 131.

1. Nur wenige der Regeln, die in den vorstehenden Paragraphen für den Kauf von Sachen entwickelt sind, gelten ganz allgemein auch für den Kauf unkörperlicher Güter. [1]) Hierher gehören die Vorschriften, daß der Käufer den Kaufpreis von dem Augenblicke verzinsen muß, da ihm die Nutzungen des Kaufgegenstandes gebühren, und daß der Verkäufer vom Kaufe nicht mehr zurücktreten kann, wenn er seine eigenen Verpflichtungen erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat. [2]) Im übrigen sind jene Regeln entweder gänzlich auf den Kauf von Sachen beschränkt oder zwar auf den Kauf von Rechten (oder wenigstens von solchen Rechten, die zum Besitze einer Sache berechtigen), anwendbar, nicht aber auf den Kauf anderer unkörperlicher Güter. [3])

2. Daneben gelten übrigens für den Verkauf von Rechten noch einige besondere Bestimmungen.

a) Der Verkäufer haftet dafür, daß das verkaufte Recht gültig besteht

22) BGB. 455. 23) Windscheid § 172[19]. 24) Pr. Ges. v. 5. 5. 72 § 26.

1) Siehe die Beispiele oben S. 388[2]. 2) Siehe oben S. 443.

3) So BGB. 441, 451.

und nicht mit Rechten Dritter, die wider den Käufer wirksam sind, belastet ist[4]), es sei denn, daß der Käufer den Mangel des verkauften Rechts gekannt hat.[5]) Dagegen haftet er für den Wert und die Tauglichkeit des Rechtes nicht. Er kommt also z. B. beim Verkauf einer Forderung dafür auf, daß die Forderung rechtsgültig besteht, nicht aber auch dafür, daß der Schuldner zahlungsfähig ist.

b) Die Haftung des Verkäufers kann vertragsmäßig verschärft werden. Insbesondere kann der Verkäufer einer Forderung auch die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vertragsmäßig übernehmen, eine Abrede, die übrigens im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung der Forderung zu beziehen ist.[6]) Wird der Verkäufer aus einer derartigen Haftung in Anspruch genommen, so kommen die entsprechenden für den Verkauf von Sachen geltenden Regeln nicht zur Anwendung, der Käufer einer Forderung kann z. B. bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht etwa ein Preisminderungsrecht geltend machen, seine Ansprüche verjähren nicht in 6 Monaten u. s. w.

Nur auf den Kauf von Rechten, die zum Besitze einer Sache berechtigen, werden die §§ 459 ff. des bürgerlichen Gesetzbuches anwendbar sein. Das ist aus § 493 analog zu folgern.

c) Andererseits kann die Haftung des Verkäufers auch vertragsmäßig ausgeschlossen oder gemildert werden. Doch ist eine derartige Vereinbarung ungültig, wenn der Verkäufer den Mangel des verkauften Rechts arglistig verschwiegen hat.[7])

d) Die Kosten der Begründung und Abtretung des verkauften Rechts muß der Verkäufer tragen.[8])

4. Besondere Arten des Kaufs.

§ 132.

I. **Kauf „auf Probe"**[1]) („auf Besicht", „nach Gefallen").

1. Hier steht die Billigung des Kaufgegenstandes im freien Belieben des Käufers.[2]) Die Rechtslage der beiden Parteien ist also äußerst verschieden. Der Verkäufer ist fest gebunden: sobald es dem Käufer beliebt, muß er den Kaufgegenstand liefern. Der Käufer dagegen ist völlig frei; mag auch der vom Verkäufer angebotene Gegenstand den Bestimmungen des Vertrages genau

---

4) BGB. 437. 5) Ausnahme bei Pfandrechten gemäß BGB. 439 Abs. 2.
6) BGB. 438. 7) BGB. 443. 8) BGB. 448 Abs. 2.

1) Goldschmidt, Ztsch. f. Handelsr. 1 S. 67, Fitting ebenda 2 S. 203, 5 S. 79, Unger ebenda 3 S. 386, ders. Jahrb. f. Dogm. 25 S. 322; Bekker 2 S. 216.

2) BGB. 495.

entsprechen und sogar dem Käufer besonders gut gefallen, der Käufer kann ihn dennoch zurückweisen, nach Gutdünken, sogar ohne Angabe des Grundes.

Beispiel. A. kauft von B. als Geburtstagsgeschenk für seine Frau „auf Probe" einen Mantel; am Geburtstage probiert die Frau den Mantel an; beide Gatten finden ihn passend, gut und preiswert; dennoch geben sie ihn zurück, weil inzwischen als Geschenk der Schwiegermutter ein anderer Mantel angekommen ist; B. muß sich das gefallen lassen. — Vom „Kauf auf Probe" ist zu unterscheiden: 1. der „Kauf auf Umtausch"; hier ist der Käufer nicht völlig frei, sondern darf den Kaufgegenstand nur dann zurückweisen, wenn er sich mit dem Verkäufer über einen Ersatzkauf einigt; 2. die „Ansichtssendung"; hier ist nicht bloß der Käufer, sondern auch der Verkäufer ungebunden; 3. der einseitige vom Käufer noch nicht angenommene „Verkaufsantrag"; hier ist freilich der Verkäufer gebunden, der Käufer frei, wie beim Kauf auf Probe; dennoch hat der Empfänger eines Verkaufsantrages eine wesentlich andere Stellung als der Probekäufer; demgemäß sind BGB. 495 Abs. 2, 496 auf ersteren, BGB. 150, 149 auf letzteren nicht anwendbar; 4) ein Kauf, bei dem der Käufer den Kaufgegenstand nicht nach Belieben, sondern nur nach billigem Ermessen zurückweisen darf.

2. Der Kauf auf Probe ist ein bedingter Kaufvertrag. Die Bedingung ist die Billigung des Kaufgegenstandes seitens des Käufers.[3]) Sie ist im Zweifel aufschiebend, selbst wenn der Kaufgegenstand dem Käufer bereits zur Probe übergeben ist.[4])

3. a) Solange die Bedingung schwebt, hat der Verkäufer die Pflicht, dem Käufer die Untersuchung des Kaufgegenstandes zu gestatten[5]) und, falls es so ausgemacht ist, den Kaufgegenstand dem Käufer zur Probe einstweilen zu übergeben.

Eine bedingte Übereignung des Kaufgegenstandes liegt in dieser Übergabe nicht, es sei denn, daß es besonders vereinbart wäre. — Der Käufer muß den Kaufgegenstand, wenn er ihn untersucht oder sich übergeben läßt, mit aller Sorgfalt behandeln; verletzt er ihn schuldhaft, so braucht er ihn zwar nicht zu behalten, ist aber schadensersatzpflichtig.

b) Im übrigen kommen die allgemeinen für alle bedingten Rechtsgeschäfte geltenden Regeln zur Anwendung.[6])

4. Der Käufer darf die Billigung des Kaufgegenstandes nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer ihm vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklären, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, z. B. indem er den Kaufgegenstand annimmt und alsdann den Kaufpreis ohne Vorbehalt bezahlt.[7]) — Giebt der Käufer binnen der Frist eine Erklärung nicht ab, so gilt dies, wenn der Kaufgegenstand dem Käufer übergeben war, als Billigung, bringt also den Kaufvertrag endgültig zustande; ist dagegen der Kaufgegenstand dem Käufer nicht übergeben oder wieder zurückgegeben, so gilt die Nichterklärung des Käufers umgekehrt als Mißbilligung, befreit also beide Parteien endgültig.[8])

Ähnliches hatte bereits HGB. I 339 Abs. 2—4 bestimmt: nur brauchte hiernach der Verkäufer dem Käufer keine Frist zur Erklärung zu setzen, sondern konnte nach Ablauf einer den

---

3) BGB. 495 Abs. 1. Ähnlich HGB. I, 339 Abs. 1.
4) Abw. Endemann § 162[6]. 5) BGB. 495 Abs. 2.
6) Siehe oben S. 189 flg. Über den Gefahrübergang s. oben S. 397, 10.
7) Siehe Pr. LR. I, 11 § 334. 8) BGB. 496.

Umständen angemessenen Zeit vom Käufer sofortige Erklärung fordern. — Dagegen mußte nach Pr. LR. I, 11 § 336, 337 dem Käufer in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung eine Frist vom Gericht bestimmt werden; schwieg der Käufer bis zum Fristablauf, so galt dies immer, also auch, wenn der Kaufgegenstand ihm noch nicht übergeben war, als Billigung.

Was geschieht, wenn die vom Käufer rechtzeitig abgesendete Erklärung beim Verkäufer verspätet oder garnicht eingeht? Ich meine: die mißbilligende Erklärung (bei übergebenem Kaufgegenstande) ist dennoch wirksam, die billigende Erklärung (bei nicht übergebenem Kaufgegenstande) ist unwirksam.

5. Nach erfolgter Billigung darf der Käufer solche Mängel der Kaufsache, die ihm zur Zeit der Billigung erkennbar waren, nicht mehr rügen.[9] Dagegen behält er das Rügerecht wegen sonstiger Mängel. Die Verjährungsfrist läuft erst von der Billigungserklärung an, nicht etwa von der bereits vorher erfolgten Übergabe der Kaufsache; denn eine gründliche Untersuchung der Sache ist dem Käufer doch erst dann möglich, wenn er den Kauf unbedingt abgeschlossen hat.

II. **Kauf eines Güterinbegriffs in Pausch und Bogen.** Er ist im preußischen Recht durch eine Reihe besonderer Regeln ausgezeichnet, die durchweg auf eine Milderung der Haftpflicht des Verkäufers hinauslaufen; insbesondere soll in Ansehung von Beschädigungen und teilweisem Untergang des Kaufgegenstandes die Gefahr schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages auf den Käufer übergehen.[10] Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese Regeln nicht übernommen.

III. **Kauf mit Vorbehalt eines zweiten besseren Käufers.** Er ist im gemeinen und preußischen Recht eingehend geregelt. In Preußen[11] ist z. B. bestimmt, daß der Vorbehalt, wenn die Kaufsache dem ersten Käufer bereits übergeben ist, als auflösende, sonst als aufschiebende Bedingung gelten solle, ferner, daß, wenn dem Vorbehalte kein bestimmter Termin hinzugefügt sei, die Anmeldung eines zweiten Käufers nur bis zur Übergabe der Kaufsache zugelassen werden dürfe, ferner daß der Verkäufer frei zu bestimmen habe, ob der erste oder der zweite Käufer der bessere sei, daß dem ersten Käufer indes gegenüber dem zweiten das Vorkaufsrecht zustehe u. s. w. Alle diese Regeln sind in das bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen. Es sind also lediglich die allgemeinen Regeln von den bedingten Geschäften und dem Rücktrittsrechte vom Vertrage maßgebend unter freier Auslegung der Parteierklärungen.

IV. **Vorkauf.** 1. Hier stehen sich drei Personen gegenüber: der Vorkäufer, der Vorverkäufer und der Dritte; der Vorverkäufer hat an den Dritten einen Gegenstand verkauft, der Vorkäufer erklärt aber, daß an Stelle des Dritten er selber diesen Gegenstand erwerben wolle und zwar unter den nämlichen Bedingungen, wie sie in dem zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrage zu Gunsten und zu Lasten des Dritten festgesetzt sind. — Der Vorkauf ist kein Kauf in dem bisher besprochenen Sinne: denn Vorkäufer und Vorverkäufer schließen, wenn es zum Vorkauf kommt,

9) Nach Analogie von BGB. 460.

10) Pr. LR. I, 11 § 117, 120, 121, s. auch ebenda § 83—91, 187, 213.

11) Pr. LR. I, 11 § 272—294 (!).

keinen Vertrag miteinander und stehen sich also auch nicht als wirkliche Käufer und Verkäufer gegenüber. Vielmehr ist der Vorkauf eine einseitige Rechtshandlung des Vorkäufers.

2. a) Der Vorkauf setzt ein Vorkaufsrecht des Vorkäufers voraus. Dieses wird meistens durch einen Vertrag zwischen Vorkäufer und Vorverkäufer geschaffen; alsdann kann man sagen, daß der Vorkauf, obwohl er selber kein Vertrag ist, doch wenigstens mittelbar auf einen Vertrag zurückführt. Es giebt aber auch Fälle, in denen das Vorkaufsrecht nicht durch Vertrag, sondern anderweit, z. B. durch Gesetzesvorschrift, geschaffen wird; hier hat der Vorkauf nicht einmal mittelbar Vertragscharakter.

Beispiele. 1. Vertragsmäßig bedingen sich ein Vorkaufsrecht häufig aus der Verkäufer bezüglich des von ihm verkauften, der Mieter bezüglich des von ihm ermieteten Grundstücks. 2. Gesetzlich ist z. B. das Vorkaufsrecht der Miterben untereinander gemäß BGB. 2034.

b) Das Vorkaufsrecht ist, wenn es auf bestimmte Zeit beschränkt ist, vererblich, sonst unvererblich. Doch kann nach beiden Richtungen hin das Gegenteil bestimmt werden.[12]) Eine äußerste Zeitgrenze, über welche das Vorkaufsrecht nicht erstreckt werden darf, ist, anders als beim Wiederkaufsrecht, nicht angeordnet!

c) Das Vorkaufsrecht ist unübertragbar. Doch kann auch hier das Gegenteil bestimmt werden.[13])

3. Das Vorkaufsrecht wird erst dann wirksam, d. h. es kann auf Grund des Vorkaufsrechts ein wirklicher Vorkauf erst dann vollzogen werden, wenn der Vorverkäufer den Gegenstand des Vorkaufsrechts thatsächlich an einen Dritten verkauft.[14])

a) Das Vorkaufsrecht ist also solange gänzlich unwirksam, als der Vorverkäufer den Gegenstand des Rechtes ruhig behält; und selbstverständlich ist, daß der Vorkäufer den Vorverkäufer in keiner Weise zur Veräußerung des Gegenstandes nötigen kann.

b) Aber auch nicht bei allen Veräußerungen des Gegenstandes greift das Vorkaufsrecht ein, sondern nur beim Verkauf; es versagt also namentlich bei einer Vererbung, Verschenkung, Vertauschung des Gegenstandes. Ja, es sind auch einige Arten des Verkaufs ausgenommen, nämlich: 1. der Verkauf, der im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt[15]); 2. der Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt, also namentlich der Verkauf eines Bauerngutes an den dereinstigen Anerben[16]); 3. der Verkauf, bei welchem der Käufer außer der Zahlung des Kaufpreises anderweite Nebenleistungen übernimmt, welche von dem Vorkäufer nicht bewirkt werden können und in Geld nicht schätzbar sind (es sei denn, daß die Nebenleistungen als unerheblich erscheinen und der Kauf also auch ohne die Nebenleistungen abgeschlossen sein würde).[17]) Doch kann zu 2. und 3. bei Begründung des Vorkaufsrechts auch das Gegenteil bestimmt werden.

4. Das Vorkaufsrecht wird erst ausgeübt, wenn der Verkauf an den Dritten thatsächlich abgeschlossen ist; solange der Vorverkäufer mit dem Dritten

---

12) BGB. 514. 13) BGB. 514. 14) BGB. 504.
15) BGB. 512. 16) BGB. 511. 17) BGB. 507.

lediglich Vorverhandlungen wegen eines Verkaufs pflegt, kann also der Vorkäufer nicht eingreifen; andererseits braucht er sich aber auch über die spätere Ausübung seines Rechts zur Zeit noch nicht zu äußern.

5. Ist der Verkauf an den Dritten erfolgt, so soll der Vorverkäufer dem Vorkäufer den Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages unverzüglich mitteilen; anderenfalls ist er schadensersatzpflichtig. — Das Vorkaufsrecht kann nur innerhalb bestimmter Frist ausgeübt werden; die Frist beginnt mit dem Empfange der Mitteilung und beträgt, falls nicht ein anderes bestimmt wird, bei Grundstücken zwei Monate, bei anderen Gegenständen eine Woche. — Die Mitteilung des Vorverkäufers kann durch die Mitteilung des Dritten ersetzt werden.[18])

6. Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden, ist also unteilbar. Doch wird daraus nicht wie beim Wandelungsrecht gefolgert, daß, wenn einer der Berechtigten sein Recht verliert oder nicht ausüben will, auch die anderen Berechtigten des Rechts verlustig gehen; vielmehr können die anderen Berechtigten alsdann das Recht für sich allein ausüben.[19])

7. Das Vorkaufsrecht wird durch eine formlose Erklärung des Vorkäufers an den Vorverkäufer (nicht an den Dritten) ausgeübt.[20]) Die Erklärung ist unwiderruflich, mag auch der Vorverkäufer sie nicht angenommen oder ihr gar widersprochen haben.

8. Die Ausübung des Vorkaufsrechts bewirkt, daß der Vorkäufer dem Vorverkäufer gegenüber als Käufer des Vorkaufsgegenstandes gilt, und zwar unter den Bedingungen, wie sie in dem Kaufvertrage zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten festgesetzt sind. Sonach haftet der Vorverkäufer dem Vorkäufer auf Übergabe und lastenfreie Übereignung des Gegenstandes genau ebenso, wie er dem Dritten haftet, er steht ihm für Mängel des Gegenstandes ebenso ein wie dem Dritten u. s. w. Andererseits muß der Vorkäufer auch genau den gleichen Kaufpreis zahlen wie der Dritte, er muß den Kaufgegenstand abnehmen, wie der Dritte u. s. w.[21])

Daraus folgt, daß die Vorkaufserklärung von Rechtswegen hinfällig ist, wenn der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag mit Erfolg angefochten wird. — Die Rechte, welche einem Käufer nur dann zustehen, wenn er beim Kaufabschluß den Sachverhalt nicht gekannt hat (nicht hat kennen können), gebühren dem Vorkäufer nur dann, wenn sowohl der Dritte beim Kaufabschluß als auch er selbst bei Abgabe der Vorkaufserklärung sachunkundig war. — Wie sich der Vorverkäufer und der Dritte nach dem Kaufabschluß verhalten, ist für den Vorkäufer unerheblich (den oben schon erwähnten Fall einer Anfechtung des Kaufvertrages ausgenommen). So wird der Vorkäufer z. B. dadurch, daß der Dritte den Kauf wandelt oder daß der Vorverkäufer wegen Verzuges des Dritten zurücktritt, nicht berührt.

9. Von der Regel zu 8 gelten einzelne Ausnahmen.

a) Hat der Dritte außer dem Kaufpreise Nebenleistungen übernommen, welche der Vorverkäufer zu bewirken außer Stande ist, so hat letzterer ihren Geldwert zu entrichten. Sind

18) BGB. 510. 19) BGB. 513. 20) BGB. 505 Abs. 1.
21) BGB. 505 Abs. 2.

die Nebenleistungen nicht in Geld schätzbar, so fallen sie, falls der Vorkauf überhaupt zulässig[22]), ganz fort.[23])

b) Hat der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreise gekauft, so hat der Vorkäufer einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten. Auch kann der Vorverkäufer fordern, daß der Vorkauf auf alle Gegenstände erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können[24]): der Vorkäufer hat eine entsprechende Befugnis nicht.

c) Ist dem Dritten in dem Vertrage der Kaufpreis gestundet, so kann der Vorverkäufer sich auf die Stundung nur berufen, wenn er Sicherheit leistet.[25])

d) Vereinbarungen des Vorverkäufer mit dem Dritten, welche nur für den Fall gelten sollen, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, sind dem Vorkäufer gegenüber unwirksam.[26]) Hierher gehört z. B. die Abrede, daß der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag bei Ausübung des Vorkaufsrechts hinfällig sein solle.

10. a) Der Dritte wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht berührt. Vielmehr bleibt der zwischen ihm und dem Vorverkäufer abgeschlossene Kaufvertrag voll in Kraft, falls nicht in dem Vertrage selbst (wie dies regelmäßig geschieht) das Gegenteil bestimmt ist. Die Rechtslage ist also die gleiche, wie wenn ein Verkäufer den Verkaufsgegenstand zweimal an verschiedene Käufer verkauft hätte. Insbesondere kann, wenn der Vorverkäufer den Gegenstand dem Dritten bereits übereignet hat, der Vorkäufer ihn dem Dritten nicht entreißen, mag letzterer auch zur Zeit seines Erwerbes das Vorkaufsrecht gekannt haben, sondern ist auf Schadensersatzansprüche gegen den Vorverkäufer beschränkt. Das Vorkaufsrecht ist also nur ein Forderungsrecht gegen den Vorverkäufer, kein dingliches Recht. — Hieraus folgt, daß das Vorkaufsrecht, wenn der Vorverkäufer den Gegenstand einmal einem Dritten übereignet hat, von nun ab erlischt.

b) Doch giebt es Ausnahmen von dieser Regel: gewisse Vorkaufsrechte sind mit dinglicher Kraft ausgerüstet. Hierauf kann aber erst im Sachenrecht näher eingegangen werden.

V. **Der Wiederkauf.** 1. Beim Wiederkaufe (in dem engeren Sinne des Wortes, welcher der folgenden Darstellung zu Grunde gelegt wird) stehen sich zwei Personen gegenüber, der Wiederkäufer und der Wiederverkäufer: ersterer hat früher einmal einen Gegenstand an letzteren verkauft, erklärt nun aber, daß er den Gegenstand gegen Zahlung eines Geldäquivalents von dem Käufer zurückerwerben wolle. — Der Wiederkauf ist sowenig ein eigentlicher Kauf wie der Vorkauf. Denn er ist kein Vertrag, also der Wiederkäufer nicht wirklicher Käufer, der Wiederverkäufer nicht wirklicher Verkäufer. Vielmehr ist er eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers.

2 a) Der Wiederkauf setzt auf seiten des Wiederkäufers ein Wiederkaufsrecht voraus. Dieses wird ausnahmslos durch einen Vertrag zwischen Wiederkäufer und Wiederverkäufer (oder ihren Rechtsvorgängern) geschaffen, und zwar meistens schon durch jenen Kaufvertrag, in dem der jetzige Wiederkäufer den Gegenstand des Wiederkaufsrechts an den jetzigen Wiederverkäufer verkaufte.

b) Das Wiederkaufsrecht ist, anders als das Vorkaufsrecht, vererblich und übertragbar.

---

22) Siehe oben 450[17]. 23) BGB. 507. 24) BGB. 508.
25) BGB. 509 Abs. 1. Siehe auch ebenda Abs. 2.
26) BGB. 506.

c) Es ist, anders als das Vorkaufsrecht, zeitlich begrenzt. Es gilt nämlich, falls die Parteien nicht eine abweichende Frist vereinbart haben, bei Grundstücken 30, bei anderen Gegenständen 3 Jahre; die Frist beginnt mit dem Abschluß des Vertrages, in dem das Recht begründet worden ist.[27])

3. Das Wiederkaufsrecht ist unvergleichlich schärfer als das Vorkaufsrecht: es greift nicht bloß ein, wenn der Wiederverkäufer den Gegenstand an einen Dritten verkaufen will, sondern auch dann, wenn er den Gegenstand selber zu behalten gedenkt.

4. Steht das Wiederkaufsrecht mehreren Berechtigten zu, so gelten die Regeln vom Vorkaufsrechte entsprechend.[28])

5. Das Wiederkaufsrecht wird durch eine formlose Erklärung des Wiederkäufers an den Wiederverkäufer ausgeübt.[29]) Die Erklärung ist unwiderruflich, mag auch der Wiederverkäufer sie nicht angenommen oder ihr gar widersprochen haben.

6. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts bewirkt, daß der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer gegenüber als Käufer des Wiederverkaufsgegenstandes gilt und zwar unter den Bedingungen, die in dem Vertrage festgesetzt sind, in welchem das Wiederkaufsrecht begründet wurde. Für den Fall, daß dieser Vertrag über die Bedingungen des Wiederkaufs schweigt, gelten ergänzend folgende Regeln.

a) Der Wiederverkäufer muß den Gegenstand „samt Zubehör“ [30]), d. h. samt allem thatsächlich vorhandenen Zubehör liefern, mag der Gegenstand ihm auch seiner Zeit vom damaligen Verkäufer, dem jetzigen Wiederkäufer, mit geringerem Zubehör geliefert sein.

b) Für einen „Mangel im Recht“ haftet der Wiederverkäufer anders als ein gewöhnlicher Verkäufer, nämlich nur soweit, als der Mangel durch seine eigenen Verfügungen oder durch Verfügungen seines Konkursverwalters oder durch eine von seinen Gläubigern betriebene Zwangsvollstreckung herbeigeführt ist.[31]) Er ist also haftfrei, wenn der Mangel auf einer inzwischen erfolgten Enteignung oder darauf beruht, daß er von vornherein (durch den Wiederkäufer als seinen damaligen Verkäufer) nur ein mangelhaftes Recht erworben hat.

c) Auch für den Bestand und die ordnungsmäßige Beschaffenheit des Gegenstandes haftet der Wiederverkäufer anders als ein gewöhnlicher Verkäufer, nämlich nur dann, wenn er den Gegenstand wesentlich verändert oder schuldhaft verschlechtert oder sich dessen Lieferung schuldhaft unmöglich gemacht hat; und zwar ist er in diesem Falle schadensersatzpflichtig[32]); von einem Anspruch des Wiederkäufers auf Wandelung des Wiederkaufs oder auf Preisminderung ist dagegen keine Rede; wohl aber sind die Regeln BGB. §§ 446, 464, 477, 485, 490 u. s. w. anwendbar.

d) Der vom Wiederkäufer zu zahlende Kaufpreis ist im Zweifel der gleiche wie der, welchen er seinerzeit dem Wiederverkäufer als damaligem Käufer abgefordert hatte.[33]) Außerdem muß der Wiederkäufer dem Wiederverkäufer alle Verwendungen ersetzen, die dieser vor dem Wiederkauf auf den Kaufgegenstand gemacht hat, soweit der Wert des Gegenstandes dadurch erhöht ist.[34])

e) Ist bei Begründung des Wiederkaufsrechts vereinbart, daß als Wiederkaufspreis der Schätzungswert des Gegenstandes zur Zeit des Wiederkaufs gelten solle, so erleiden die Regeln c und d eine Abänderung: der Wiederverkäufer ist hier nämlich für den Bestand und die Beschaffenheit des Gegenstandes nur in dem einzigen Falle haftbar, daß er den Gegenstand wesentlich verändert hat, und kann für seine Verwendungen keine Vergütung fordern.[35])

7. Faßt man die Regeln zu 6 zusammen, so ergiebt sich, daß der Käufer, der dem Verkäufer ein Wiederkaufsrecht zugestanden hat, dadurch arg gebunden wird: er darf über den Gegenstand in keiner Weise verfügen, darf ihn nicht wesentlich verändern u. s. w.

8. Hat der Wiederverkäufer über den Gegenstand zu gunsten eines Dritten verfügt, so ist die Verfügung zwar pflichtwidrig, aber dennoch vollgültig; insbesondere braucht der Dritte,

---

27) BGB. 503. 28) BGB. 502; siehe oben S. 451, 6.
29) BGB. 497. 30) BGB. 498 Abs. 1. 31) BGB. 499.
32) BGB. 498 Abs. 2. 33) BGB. 497 Abs. 2.
34) BGB. 500. 35) BGB. 501.

der den Gegenstand vom Wiederverkäufer kauf- oder schenkungsweise erworben hat, ihn dem Wiederkäufer nicht herauszugeben, mag er auch zur Zeit seines Erwerbes das Wiederkaufsrecht gekannt haben. Das Wiederkaufsrecht ist also, sowenig wie der Regel nach das Vorkaufsrecht, ein dingliches Recht. Ausnahmen von diesem Satze giebt es nicht.

VI. **Sonstige** Arten des Kaufs sind bereits im Laufe unserer bisherigen Darstellung an geeigneter Stelle erwähnt[36]), z. B. der Kauf nach Probe, der Hoffnungskauf, der Kauf mit Eigentumsvorbehalt, oder sind dem Handelsrechte zuzuweisen, z. B. das Abzahlungsgeschäft, das Fixgeschäft, der Spezifikationskauf.[37]) Vom Erbschaftskauf wird erst im Erbrecht die Rede sein.

II. Kaufähnliche Geschäfte.

§ 133.

I. Der Tausch.

1. Er geht nicht wie der Kauf auf den Umsatz von Gütern gegen Geld, sondern auf den Umsatz von Gütern gegen Güter. Allerdings kann auch er auf Geld gerichtet sein; bei der wichtigsten Art des Tauschvertrages, dem gewöhnlichen Geldwechsel, sind sogar die Leistungen aller beiden Parteien auf Geld gerichtet.[1]) Nur gilt das besondere, daß die beiderseits zu leistenden Güter nicht als Nichtgeld und als Geld, als Kaufsache und Kaufpreis in Gegensatz gebracht werden.

Nicht selten wird bei einem Kaufe vereinbart, daß der Käufer den Kaufpreis nicht in bar, sondern in gewissen Wertpapieren entrichten solle. Dadurch wird der Kauf noch nicht zum Tausche. Vielmehr liegt hier ein Doppelkauf (des ersten Kaufgegenstandes und der Wertpapiere) mit der Abrede der Verrechnung der beiderseitigen Kaufpreise vor.[2])

2. Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung.[3]) Sonach hat jede Partei die Verpflichtungen eines Verkäufers, die Gegenpartei die Rechte eines Käufers. Außerdem hat jede Partei auch gewisse Pflichten eines Käufers, nämlich die Pflicht zur Abnahme der gegnerischen Leistung, die Pflicht gewisse Kosten zu tragen und gewisse Verwendungen zu erstatten. Endlich kommen auch die Regeln vom Gefahrübergang entsprechend zur Anwendung; ist einmal die von der einen Partei zu leistende Sache an die Gegenpartei übergeben (aufgelassen, abgesendet), so muß die Gegenpartei auch ihre Gegenleistung entrichten, mag auch jene Sache seitdem untergegangen oder verschlechtert sein. Dagegen sind alle Regeln, die auf die Zahlung des Kaufpreises als solchen Bezug haben, unanwendbar, z. B. das Preisminderungsrecht.

Endemann § 163[7] sagt, beseitigt sei die Vorschrift des Pr. ALR. I, 11 § 367 flg., daß jeder Kontrahent, dem der erhaltene Tauschgegenstand entwehrt wird, die Wahl hat zwischen der

---

36) Siehe oben S. 437, 2; 398 c; 446[22]. 37) Siehe m. Lehrb. d. Handelsrechts § 42.
1) Siehe auch oben S. 389[4]. 2) Siehe Bechmann S. 172.
3) BGB. 515.

Forderung auf Schadensersatz und der Rückforderung des von ihm hingegebenen Tauschobjekts. Wie mir scheint, ist diese Vorschrift durchaus nicht „beseitigt", sondern nur in einigen Einzelheiten abgeändert.[4])

II. Bei allen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, finden die Vorschriften über den Kauf insoweit entsprechende Anwendung, als sie 1. die Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufgegenstand zu liefern[5]), einen Mangel im Rechte zu vertreten[6]) und für die mangelhafte Beschaffenheit der Kaufsache aufzukommen[7]) und 2. die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme des Kaufgegenstandes betreffen.[8]) Das ist z. B. wichtig bei der Angabe an Erfüllungsstatt[9]), bei der Einbringung gesellschaftlicher Einlagen, beim Darlehn, beim Summen-Verwahrungsvertrage u. s. w.

III. Miete und Pacht.[1])

1. Begriff. Abschluß des Vertrages.

§ 134.

I. 1. a) Die Miete ist kein „Umsatzgeschäft", wie Kauf und Tausch. Denn sie geht nicht auf vollständige Übertragung eines Guts von dem alten auf einen neuen Inhaber; ihr Inhalt ist vielmehr, daß die eine Partei, der Vermieter, ein Gut an die Gegenpartei, den Mieter, bloß zu zeitweiligem Gebrauche überläßt. Somit ist der charakteristische Unterschied zwischen dem Kauf und Tausch einer- und der Miete andererseits, daß der Erwerber dort das ihm zugewendete Gut für immer behalten darf[2]), während er es hier nach Ablauf der Mietzeit zurückzugeben hat. Dagegen steht die Miete dem Kauf und Tausch dadurch nahe, daß der Mieter dem Vermieter für die Gebrauchsüberlassung ein Entgelt entrichten muß.

b) Die Pacht ist eine erweiterte Abart der Miete: sie ist nämlich auf die zeitweilige Überlassung nicht des Gebrauchs, sondern der Nutzung von Gütern gerichtet; und zwar geht die „Nutzung" über den „Gebrauch" insofern hinaus, als sie auch den Genuß der Früchte — sei es der natürlichen Früchte, sei es der Rechtsfrüchte[3]) — mit umfaßt.[4])

---

4) Siehe BGB. 515, 440 Abs. 1, 325. 5) Siehe auch BGB. 445, 433.
6) BGB. 445, 433 flg. 7) BGB. 493. 8) BGB. 445, 433.
9) BGB. 365.

1) Fränkel, Miet- und Pachtrecht nach dem BGB. (97). — Degenkolb, Platzrecht und Miete (67); Drechsler, landwirtschaftl. Pachtvertrag.

2) Siehe freilich oben S. 390 b und 452 (Kauf eines Nießbrauchs, Kauf auf Wiederkauf). 3) Siehe oben S. 128.

4) BGB. 581.

2. Die Überlassung eines Hauses zur Wohnung ist demnach Miete, die Überlassung eines Ackers zur Aberntung ist dagegen Pacht.

Die Grenze zwischen Miete und Pacht ist nicht immer zweifellos. Beispiele 1. A. überläßt dem B. ein Haus zum Betriebe der Gastwirtschaft: dies ist Miete, wenn B. die Wirtschaft erst einrichten will, Pacht, wenn die Wirtschaft bereits eingerichtet ist und dem D. (zur Gewinnung von Rechtsfrüchten) mitübertragen wird. 2. C. überläßt durch einheitlichen Vertrag dem D. ein Haus zum Gebrauch, einen Garten zur Nutzung. Dies ist Miete, wenn das Haus, Pacht, wenn der Garten die Hauptsache ist. — Auch die Grenzziehung zwischen Kauf und Pacht ist öfters nicht einfach. Beispiel: E. überläßt gegen ein Entgelt von 50 Mk. dem F. die nächste Obsternte seines Gartens; das ist Kauf (der Ernte), wenn E. die Pflege der Bäume bis zur Ernte übernimmt, Pacht (des Gartens), wenn die Pflege dem G. übertragen ist.

3. Miete und Pacht stehen sich so nahe, daß sie in vielen Beziehungen den gleichen Rechtsregeln unterliegen. Doch werden sie in anderen Beziehungen auch wieder sehr verschieden behandelt. Im gemeinen Rechte freilich waren die Verschiedenheiten gering an Zahl; gab es hier doch nicht einmal einen technischen Namen für die Pacht, da vielmehr der Name locatio conductio rei sowohl die Miete wie die Pacht umfaßte. Erst seit dem preußischen Landrecht sind Miete und Pacht weiter auseinander gerückt.

II. 1. Als Gegenstand von Miete und Pacht können (körperliche) Sachen aller Art vorkommen. Thatsächlich geeignet sind freilich nur unverbrauchbare und bei der Pacht auch nur fruchttragende Sachen; so wird z. B. ein Zugochse gemietet, eine Kuh dagegen gepachtet; sind aber Ochse und Kuh geschlachtet, so werden sie weder gemietet noch gepachtet. — Besonders ausgezeichnet werden als Gegenstand von Miete und Pacht die Grundstücke, weshalb wir mehrfach die Grundstücksmiete von der Fahrnismiete, die Grundstückspacht von der Fahrnispacht zu unterscheiden haben.[5])

Doch sind den Grundstücken auch sonstige „Räume" gleichzustellen[6]), z. B. die Kajüte eines im Winterhafen verankerten Schiffs. Unter den Grundstücken werden wieder unterschieden:

a) Wohnungen; diesen stehen alle anderen zum Aufenthalte von Menschen bestimmten Räume gleich, z. B. Läden, Werkstätten[7]);

b) landwirtschaftliche Grundstücke[8]); hierher gehören Felder, Wiesen, Nutzgärten einschließlich der etwa dazu gehörigen Gebäude; nicht aber z. B. Wälder, Lehmgruben, Steinbrüche.

c) Landgüter[9]); hierunter sind solche Grundstücke zu verstehen, die zum „selbständigen" Betriebe einer Landwirtschaft eingerichtet, also namentlich mit den zur Bewirtschaftung nötigen Gebäuden versehen sind; auch ganz kleine, bäuerliche Güter gehören hierher, nicht aber einzelne Äcker oder Wiesen.

2. Als Gegenstand einer Pacht (nicht aber einer Miete) können auch unkörperliche Güter vorkommen[10]), namentlich Rechte z. B. das Urheberrecht an einem Theaterstück. Demgemäß können auch Güterinbegriffe, die aus körperlichen und

5) BGB. 551, 556 Abs. 2, 559 flg. 565, 566, 571 flg., 586 flg. 590, 595.

6) BGB. 580. Abw. für den Fall der Pacht Planck Anm. 6 zu § 581.

7) BGB. 544. Siehe aber auch BGB. 570.

8) Siehe BGB. 582—585, 591, 592.

9) Siehe BGB. 593, 594.

10) BGB. 535, 581.

unkörperlichen Gütern zusammengesetzt sind, als Ganzes verpachtet werden, z. B. eine Apotheke nebst dem dazu gehörigen Inventar, den Geschäftsforderungen, der Kundschaft.

3. Ist der vermietete oder verpachtete Gegenstand zur Zeit des Vertragsschlusses garnicht vorhanden, z. B. vorher abgebrannt, so gelten die gleichen Regeln wie beim Kaufe: der Vertrag ist also regelmäßig nichtig.[11])

4. Daß der Gegenstand dem Vermieter oder Verpächter gehöre, ist nicht erforderlich: im Gegenteil kommt die Vermietung fremder Sachen, namentlich als Weitervermietung, sehr häufig vor.[12])

5. Unzulässig ist die Vermietung oder Verpachtung solcher Gegenstände, deren Gebrauch unübertragbar ist, z. B. eines Ordens, eines Erbbegräbnisses.

III. Das vom Mieter oder Pächter zu entrichtende Entgelt — Miet- oder Pachtzins — besteht regelmäßig in Geld; doch ist namentlich bei der Pacht auch ein in Naturalien (Korn, Wein u. s. w.) oder Arbeitsleistungen bestehender Zins sehr häufig.

Die Regeln über die Höhe des Kaufpreises sind auf den Miet- und Pachtzins analog anwendbar: die Bestimmung des Zinses hängt also, wenn sie nicht im Mietvertrage selbst erfolgt ist, vom billigen Ermessen des Vermieters oder Verpächters ab. Ferner muß der Zins dem von den Parteien angenommenen Gebrauchs- oder Nutzungswerte des Miet- oder Pachtgegenstandes entsprechen[13]) u. s. w. — Bei der Pacht kommt es vor, daß der Pächter als Pachtzins einen Teil des jeweiligen Roh- oder Reinertrages des Pachtgegenstandes an den Verpächter abführen muß (sog. Teilpacht). Siehe hierüber unten im Gesellschaftsrecht.[14])

IV. Der Vermieter kann außer der Überlassung des Gebrauchs der Mietsache, der Mieter außer der Entrichtung des Mietzinses noch Nebenleistungen übernehmen: jener verspricht z. B. dem Mieter Kaffee zu kochen und die Stiefel zu putzen, dieser verpflichtet sich, dem Vermieter die in der Mietswohnung befindliche Badeeinrichtung abzukaufen. Doch muß es sich dabei wirklich um Nebenleistungen handeln. Denn sobald diese anderweiten Leistungen in den Vordergrund treten, büßt der Vertrag den Charakter eines Mietvertrages ein: so liegt z. B. wenn ich mir auf einer Eisenbahnfahrt gegen Zahlung einer Platzkartengebühr den Gebrauch eines bestimmten Platzes ausbedinge, kein Mietvertrag, sondern nur ein besonders gearteter Werkvertrag vor. — Ähnliche Kombinationen können auch bei einer Pachtung vorkommen.

V. Miete und Pacht werden nur „auf Zeit", nicht „für immer" abgeschlossen. Wie die Miet- und Pachtzeit bestimmt wird, ist erst später zu erörtern.[15])

VI. Der Abschluß des Miet- und Pachtvertrages unterliegt den allgemeinen Regeln. Er kann also formlos erfolgen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Grundstücksmiete oder Grundstückspacht auf länger als ein Jahr abgeschlossen werden soll: der Abschluß muß hier schriftlich geschehen.[16])

Diese Regel ist eine Neuerung des BGB.s. Auch das preußische Recht kannte sie nicht. Allerdings schrieb Pr. LR. I, 21 § 267 flg. Schriftlichkeit der Miete vor, wenn der Jahresmietzins mehr als 150 Mk. betrug; doch war diese Regel weder auf die Grundstücksmiete noch auf Verträge von mehrjähriger Dauer beschränkt. Über Landgüterpacht s. Pr. LR. I, 21 § 403 (bei Pachtzins über 600 Mk. notarieller oder gerichtlicher Abschluß).

---

11) Siehe oben S. 389, 2. 12) Siehe unten S. 458⁷.
13) Siehe oben S. 391, 3. 14) Waaser, colonia partiaria (85). Crome, die partiarischen Rechtsgeschäfte (97).
15) Siehe unten S. 473. 16) BGB. 566. Siehe unten S. 474, 3.

2. Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter.

§ 135.

I. Allgemeines.

1. Die Miete ist ein gegenseitiger Vertrag und unterliegt den allgemeinen für derartige Verträge geltenden Vorschriften.

2. Demgemäß ist, wenn die Erfüllung der Vermieterpflichten zufällig unmöglich wird, nicht bloß der Vermieter, sondern auch der Mieter von seinen Verbindlichkeiten befreit [1]): wird also die Mietsache durch einen Zufall zerstört, so kann der Vermieter keinen Mietzins fordern. Und zwar gilt dieser Satz auch dann, wenn der Zufall erst eintritt, nachdem der Vermieter die Mietsache dem Mieter bereits übergeben hatte; doch ist der Mieter in diesem Falle nicht ganz befreit, sondern bleibt zur Zinszahlung bis zu dem Augenblick des Untergangs der Sache verbunden. Entsprechende Regeln gelten, wenn die Mietsache beschädigt wird.[2]) Man kann deshalb die Formel aufstellen: während die Gefahr einer Kaufsache mit der Übergabe der Sache vom Verkäufer auf den Käufer übergeht, bleibt die Gefahr einer Mietsache trotz der Übergabe während der ganzen Mietzeit beim Vermieter.

3. Die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften müssen sich aber bei der Anwendung auf den Mietvertrag mancherlei Ausnahmen gefallen lassen. Insbesondere läßt sich die Regel, daß die Parteien ihre Verpflichtungen Zug um Zug erfüllen müssen, bei der Miete nicht durchführen.[3])

II. Die einzelnen Verpflichtungen des Vermieters.

1. a) Der Vermieter muß dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache samt Zubehör während der ganzen Dauer der Mietzeit nicht bloß passiv gestatten, sondern aktiv „gewähren“.[4])

b) Doch braucht der Vermieter den Gebrauch der Mietsache nur dem Mieter selbst (u. U., z. B. bei einer Mietwohnung, auch dem Hausstande des Mieters) zu gewähren. Dagegen darf der Mieter — anders als im gemeinen [5]), ebenso wie im preußischen Rechte [6]) — den Gebrauch der Mietsache nicht einem Dritten überlassen; er darf also weder sein Gebrauchsrecht einem Dritten abtreten noch die Mietsache weitervermieten oder ausleihen.[7])

2. Wie der Vermieter seinen Verpflichtungen nachzukommen hat, hängt von der Beschaffenheit der Mietsache und der Art des dem Mieter zustehenden Mietgebrauchs ab. Doch lassen sich allgemein drei Hauptverpflichtungen des Vermieters — analog den drei Hauptverpflichtungen des Verkäufers — annehmen.

---

1) Siehe oben S. 335. 2) Näheres s. unten S. 462.
3) Siehe unten S. 464[36]. 4) BGB. 535.
5) Windscheid § 400[23]. Ebenso sächs. b. GB. 1194.
6) Pr. LR. I, 21 § 309. 7) BGB. 549. Siehe auch unten S. 467, 3; 475e.

a) Der Vermieter muß zuvörderst bei Beginn der Mietzeit die Sache dem Mieter zum Mietbesitze übergeben.[8])

b) Der Vermieter muß den Mieter ferner während der ganzen Dauer der Mietzeit im Mietbesitze schützen, sowohl gegen Naturereignisse, als auch gegen Angriffe dritter Personen.

Die Pflicht des Vermieters erinnert an die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer für „Mängel im Recht" Gewähr zu leisten. Genau besehen sind aber beide Pflichten doch sehr verschieden. I. Die Pflicht des Vermieters ist strenger. Namentlich umfaßt sie auch Angriffe unberechtigter Dritter, z. B. die eigenmächtige Besitzstörung seitens eines Nachbarn. II. Sie ist milder. Denn sie geht nur gegen „Angriffe" dritter Personen; die bloße Thatsache, daß einem Dritten an der Mietsache ein dem Mieter nachteiliges Recht zusteht, macht also den Vermieter noch nicht verantwortlich; vielmehr muß der Dritte sein Recht auch wirklich geltend machen. Auch ist der Vermieter selbstverständlich nur für solche Rechte Dritter haftbar, die dem Mieter nachteilig sind (er hat z. B. ein Grundstück vermietet, welches einem Dritten gehörte oder zu gunsten eines Dritten mit einem Nießbrauch belastet war), während er für unschädliche Rechte (auf dem Grundstück haftet etwa zu gunsten eines Dritten eine Hypothek) dem Mieter nicht einsteht.

c) Der Vermieter haftet endlich dafür, daß die Mietsache sich in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande befindet. Auch diese Haftung gilt für die ganze Dauer der Mietzeit.[8a]) Daraus folgt, daß die Instandhaltung der Mietsache während der Mietzeit nicht vom Mieter, sondern vom Vermieter zu besorgen ist und daß auch die Kosten dieser Unterhaltung dem Vermieter zur Last fallen.[8b]) Was unter einem „für den vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande" zu verstehen ist, muß, wie beim Kaufe, aus der Verkehrssitte, den Umständen des Einzelfalls und den besonderen Zusicherungen des Vermieters entnommen werden.

3. Der Vermieter wird von seinen Verpflichtungen dadurch nicht befreit, daß der Mieter mit der Annahme der Mietsache in Verzug gerät oder durch einen in seiner Person liegenden Umstand behindert wird, die bereits angenommene Mietsache vertragsgemäß zu gebrauchen. Er muß also die Sache dem Mieter zur Verfügung halten und darf sie anderweit nur derart verwerten, daß er dem Mieter auf Verlangen jederzeit den Mietgebrauch zu gewähren im Stande ist; dafür behält er aber auch den Anspruch auf den vollen Mietzins und braucht sich bloß soviel abziehen zu lassen, als er durch die Nichtbenutzung der Sache erspart oder durch ihre anderweite dem Mieter unnachteilige Verwertung thatsächlich gewinnt.[9]) Verstößt der Vermieter gegen diese Regel, indem er die Mietsache so verwertet, daß er ihren Gebrauch dem Mieter zu gewähren nicht imstande ist, so verliert er für die Zeit dieses seines rechtswidrigen Verhaltens den Anspruch auf den Mietzins[10]) und ist obendrein schadensersatzpflichtig.[11])

---

8) Abw. teilweise Endemann § 168[3]. 8a) BGB. 536, 537.
8b) Siehe aber unten S. 463, 6; 465[30]. 9) Siehe BGB. 552 Satz 1, 2.
10) Siehe BGB. 552 Satz 3. 11) BGB. 325, 286 Abs. 1.

Beispiel. A. kann in die von B. für das Jahr 1900 um 4000 Mk. ermietete Wohnung krankheitshalber nicht einziehen; das erste Vierteljahr steht die Wohnung leer; das zweite Vierteljahr wird sie an C. für 200 Mk. unter dem Vorbehalt vermietet, daß C. jederzeit ausziehen muß, wenn A. es fordert; die beiden letzten Vierteljahre wird sie an D. für 1000 Mk. ohne einen derartigen Vorbehalt vermietet. B. kann von A. 1800 Mk. an Mietzins fordern, nämlich für das erste Vierteljahr 1000, für das zweite 1000—200, für das dritte und vierte garnichts.[12])

4. Erfüllt der Vermieter die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht, so greifen die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln Platz, freilich mit wesentlichen Abänderungen.

a) Der Mieter kann zuvörderst einfach auf Erfüllung der Vermieterpflichten bestehen.

Doch ist dabei zu unterscheiden, wie folgt: I. Erster Fall: die Einhaltung der bedungenen Mietzeit ist schlechthin wesentlich. Alsdann kann der Mieter die Erfüllung nur für den noch nicht abgelaufenen Teil der Mietzeit fordern. Ein Beispiel (Wohnungsmiete) s. oben S. 352, 4. II. Zweiter Fall: die Einhaltung der bedungenen Mietzeit ist nicht wesentlich. Alsdann kann der Mieter die Erfüllung sogar nach vollständigem Ablauf der Mietzeit fordern. Beispiel: A. hat von B. eine Dreschmaschine lieferbar Mitte August, auf eine Woche gemietet; B. liefert die Maschine erst am 30. August; A. kann verlangen, daß die Maschine ihm bis zum 6. September gelassen wird. — Ein Recht auf Schadensersatz wegen Verspätung hat der Mieter nur im Falle II. — Selbstverständlich fällt der Anspruch auf Erfüllung fort, wenn die Erfüllung unmöglich, z. B. das vermietete Haus eingestürzt ist.

b) Der Mieter kann ferner (regelmäßig unter Bewilligung einer Nachfrist) auf die Erfüllung der Vermieterpflichten verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern[13]); mußte er z. B., weil der Vermieter ihn im Stich gelassen, eine andere teurere Wohnung mieten, so kann er Erstattung des Unterschiedes der beiden Mietzinsen beanspruchen. — Doch setzt diese Regel (anders als die zu c) voraus, daß der Vermieter die Nichterfüllung seiner Verpflichtungen vertreten muß; sie versagt also regelmäßig, wenn der Vermieter durch einen Zufall an der Erfüllung verhindert war.

c) Schließlich kommt dem Mieter zwar nicht das bei sonstigen gegenseitigen Verträgen geltende Rücktrittsrecht, wohl aber an dessen Stelle eine noch weitergreifende Begünstigung zu: er ist für die ganze Zeit, während deren er den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache entbehrt hat, von der Entrichtung eines Mietzinses befreit und kann, was das bisherige Recht ihm nur beschränkt gestattete[14]), für die Folgezeit die Miete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufkündigen.[15]) — Diese Regel gilt gleichmäßig, wenn der Vermieter die Erfüllung seiner Verpflichtungen bloß verzögert, wie dann, wenn er sie gänzlich unterläßt. Und sie gilt nicht bloß, wenn das Verhalten des Vermieters ein schuldhaftes war (Verzug, schuldhafte Unmöglichkeit der Er-

12) Siehe noch unten S. 507, 6. 13) BGB. 325, 326.

14) Namentlich wegen einer bloßen Verzögerung der Übergabe der Mietsache konnte der Mieter nach gemeinem und preußischen Rechte nur ausnahmsweise kündigen, Windscheid § 402[4]; preuß. LR. I, 21 § 391. Siehe freilich Dernb. Pr. Pr. 2 § 168[11].

15) BGB. § 537, 541, 542, 323 Abs. 1.

füllung), sondern auch dann, wenn der Vermieter an der Erfüllung seiner Verpflichtungen durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand, vielleicht gar durch höhere Gewalt behindert worden ist. Nur dann ist sie nicht anwendbar, wenn den Mieter selber eine (überwiegende) Schuld trifft. — Ehe der Mieter kündigt, muß er dem Vermieter zur Erfüllung von dessen Verpflichtungen eine angemessene Nachfrist bestimmen, es sei denn, daß die Erfüllung infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat.[16])

Diese Vorschrift erinnert an die Bestimmung zu b, daß der Mieter auch dann, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will, dem Vermieter regelmäßig eine Nachfrist zu gewähren hat. Doch besteht der wichtige Unterschied, daß der Mieter im Falle b bei Bestimmung der Frist erklären muß, er werde nach dem Fristablauf die Erfüllung des Mietvertrags nicht mehr annehmen, während bei Bestimmung der der Kündigung vorausgehenden Frist der Mieter eine derartige Erklärung nicht abzugeben, ja die Kündigung nicht einmal anzudrohen braucht.

Die Regeln zu c. gelten auch dann, wenn der Vermieter seine Verpflichtungen nur teilweise unerfüllt läßt, z. B. die vermietete Wohnung ohne den mitvermieteten Garten übergiebt. Doch wird der Mieter, falls er die Teilerfüllung angenommen, von der Entrichtung des Mietzinses nicht ganz, sondern nur zu einem entsprechenden Teile befreit. Sein Kündigungsrecht bezieht sich dagegen auch in diesem Falle auf den ganzen Mietvertrag, es sei denn, daß die Pflichtverletzung des Vermieters eine unerhebliche war.[17])

Über den Fall der Vermietung mehrerer Sachen s. BGB. 543, 469—471. — Über die Zurückzahlung eines im voraus bezahlten Mietzinses im Falle vorzeitiger Kündigung der Miete s. BGB. 543 Abs. 2. — Den Schadensersatzanspruch zu b kann der Mieter auch dann geltend machen, wenn er von seinem Kündigungsrecht zu c Gebrauch macht, jedoch nur wegen der vor der Kündigung liegenden Mietzeit; für die spätere Zeit kann er bloß Ersatz seines negativen Vertragsinteresses, z. B. etwaiger durch die vorzeitige Kündigung veranlaßter Umzugskosten, fordern.

5. Die Regeln zu 4 gelten nicht bloß, wenn der Vermieter die Mietsache dem Mieter garnicht übergiebt, sondern auch, wenn er eine andere seiner Hauptverpflichtungen unerfüllt läßt. Sie greifen also namentlich auch dann Platz, wenn der dem Mieter gebührende vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache durch das bessere Recht eines Dritten oder durch einen der Sache anhaftenden Mangel ausgeschlossen oder beeinträchtigt wird. Somit kann der Mieter auch in diesen beiden Fällen gemäß den Regeln zu 4 auf der Erfüllung der Vermieterpflichten bestehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, ist von der Entrichtung des Mietzinses ganz oder teilweise befreit und kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen.

Beachtenswert ist hierbei namentlich das Recht des Mieters, auf Erfüllung der Vermieterpflichten zu bestehen. Denn dies bedeutet u. a., daß der Vermieter die mit Fehlern behaftete Sache thatsächlich ausbessern muß, während wir gesehen haben, daß der Verkäufer einer fehlerhaften Sache zu deren Ausbesserung nicht verpflichtet ist.[18]) Nach den Regeln zu 4

---

16) BGB. 542 Abs. 1. 17) BGB. 542 Abs. 2.
18) Siehe oben S. 434 V.

gilt die Ausbesserungspflicht sogar dann, wenn die Fehler der Mietsache erst während der Mietzeit entstanden sind und ihre Entstehung vom Vermieter gar nicht verhindert werden konnte: die Fensterscheiben der Mietwohnung werden z. B. wenige Tage vor Ablauf der Mietzeit durch Hagelschlag zertrümmert.

Doch gelten für die beiden soeben bezeichneten Fälle (die Mietsache ist mit Rechten Dritter belastet oder mit Mängeln behaftet) einige besondere Vorschriften.

a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Mieter fordern

α) bei Rechten Dritter oder bei Mängeln der Mietsache, die schon bei Abschluß des Mietvertrages vorhanden waren, unbedingt[19]), auch wenn der Vermieter außer Schuld ist,

β) bei Rechten Dritter oder bei Mängeln der Mietsache, die erst nach dem Abschluß des Mietvertrages eingetreten sind, nur dann, wenn sie auf einem vom Vermieter zu vertretenden Umstande beruhen oder wenn der Vermieter mit ihrer Beseitigung in Verzug kommt.[20])

Beispiel. A. vermietet dem B. ein Wohnhaus; einige Stunden vor Abschluß des Mietvertrages wird das Haus, ohne daß A. und B. es erfahren, durch eine Überschwemmung schwer beschädigt. A. haftet auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, auch wenn er garnicht imstande ist, den Schaden bis zum Beginn der Mietzeit zu beseitigen. Dagegen wäre er haftfrei gewesen, wenn das Haus durch den Unglücksfall ganz zerstört worden wäre oder wenn der Unglücksfall sich einige Stunden später ereignet hätte. Auch dann, wenn A. das durch Überschwemmung beschädigte Haus dem B. nicht vermietet, sondern verkauft hätte, wäre er nicht schadensersatzpflichtig gewesen!

b) Gerät der Vermieter mit der Beseitigung der auf der Mietsache lastenden fremden Rechte oder der der Sache anhaftenden Mängel in Verzug, so kann der Mieter die Rechte sowohl wie die Mängel selber beseitigen, d. h. er kann die Rechte ihrem Inhaber abkaufen, die mangelhafte Sache ausbessern. Die hierzu erforderlichen Aufwendungen muß der Vermieter ihm erstatten.[21])

c) Hat der Mieter die auf der Mietsache lastenden fremden Rechte oder die der Sache anhaftenden Mängel bereits beim Abschluß des Mietvertrages gekannt, so hat er ihretwegen irgendwelche Befugnisse (zur Ausbesserung, Kürzung des Mietzinses, Kündigung u. s. w.) nicht. Bezüglich der Mängel (nicht auch bezüglich der fremden Rechte!) steht der Kenntnis des Mieters eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich, es sei denn, daß der Vermieter die Mängel arglistig verschwiegen oder ihre Abwesenheit besonders zugesichert hat; auch büßt der Mieter seine Rechte ein, wenn er die Mängel der Mietsache nachträglich erfährt und die Sache trotzdem vorbehaltlos annimmt.[22])

d) Bei der Miete einer gesundheitsgefährlichen Wohnung[23]) gilt von der Regel zu c eine wichtige — im bisherigen Rechte noch nicht anerkannte —

---

19) Anders nach gemeinem und preußischem Rechte: Dernburg 2 § 111[13]; pr. LR. I, 5 § 320. 20) BGB. 538 Abs. 1, 541.

21) BGB. 538 Abs. 2, 541. 22) BGB. §. 460, 464, 539, 541.

23) Siehe oben S. 456[7].

Ausnahme; der Mieter behält hier sein Kündigungsrecht auch dann, wenn er bei Mietung oder Übernahme der Wohnung deren ungesunde Beschaffenheit in vollem Umfange gekannt hat. Wegen der sonstigen Rechte des Mieters (Befreiung von der Zinspflicht, Anspruch auf Schadensersatz u. s. w.) ist dagegen die Regel zu c. auch auf die Wohnungsmiete unverändert anzuwenden.[24])

e) Siehe ferner die Regel unten S. 465 d.

f) Als ein „Mangel" des vermieteten Grundstücks soll es auch (ähnlich wie beim Kaufe) gelten, wenn das Grundstück nicht die zugesicherte Größe hat; doch sind auf diesen Fall nur einzelne der vorstehenden Regeln (z. B. die zu c) anwendbar.[25])

g) Das preußische Recht unterwarf die Ansprüche des Mieters wegen der auf der Mietsache lastenden fremden Rechte und der ihr anhaftenden Mängel der gleichen abgekürzten Verjährung wie die entsprechenden Ansprüche des Käufers.[26]) Das bürgerliche Gesetzbuch ordnet eine abgekürzte Verjährung dagegen nur im Bereich der Regel b an: der Anspruch des Vermieters auf Erstattung seiner Verwendungen verjährt nämlich in 6 Monaten seit Beendigung des Mietverhältnisses.[27])

6. Dem Vermieter liegen noch gewisse Nebenverpflichtungen ob. Er hat nämlich die auf der Mietsache ruhenden Lasten (Steuern, Hypothekenzinsen u. dergl.) zu tragen.[28]) Er muß ferner dem Mieter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen ersetzen, mit Ausnahme der Kosten der Fütterung eines vermieteten Tieres, die dem Mieter zur Last fallen; der Erstattungsanspruch des Mieters verjährt in 6 Monaten seit Beendigung des Mietverhältnisses.[29])

Sonstige Verwendungen des Mieters braucht der Vermieter nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu ersetzen; jedenfalls muß er aber gestatten, daß der Mieter eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, z. B. eine von ihm in der Mietwohnung gelegte Gasleitung, fortnimmt.[30]) — Die Vertragskosten, z. B. den Stempel des Mietvertrages, müssen im Zweifel beide Teile zur Hälfte tragen. Die Kosten der Erfüllung der Vermieterpflichten, also der Übergabe und Instandhaltung der Mietsache treffen dagegen den Vermieter allein; doch gehören bei einer Wohnungsmiete die Kosten des Gas- und Wasserverbrauchs u. dgl. nicht hierher; denn der Vermieter hat höchstens für das Vorhandensein der Gas- und Wasserleitung aufzukommen, während das Gas und Wasser selbst vom Mieter auf eigene Kosten besorgt werden muß.

7. Die den Verpflichtungen des Vermieters gegenüberstehenden Rechte des Mieters sind an und für sich persönliche Forderungsrechte und gelten im Konkurse des Vermieters als bloße Konkursforderungen. Doch ist der Mieter eines Grundstücks unter gewissen Voraussetzungen zugleich mit einem dinglichen Rechte an der Mietsache ausgerüstet.[31]) Hiervon werden wir im Sachenrecht noch eingehender zu sprechen haben.

24) BGB. 544. 25) BGB. 537 Abs. 2.
26) Eccius § 136[52]. Vgl. aber auch Dernb. Pr. Pr. 2 § 168[23].
27) BGB. 558. 28) BGB. 546.
29) BGB. 547, 558. 30) BGB. 547. Verjährung BGB. 558.
31) Abw. namentlich Crome, Jahrb. f. Dogm. 37 S. 1.

8. Ist es streitig, ob der Vermieter seine Verpflichtungen erfüllt hat, so trifft nach allgemeiner Regel die Beweislast den Vermieter. Nur wenn der Mieter behauptet, daß der Mietgebrauch ihm vom Vermieter anfänglich gewährt, aber nachträglich ganz oder teilweise wieder genommen sei, ist er selber beweispflichtig. Daraus folgt, daß, wenn die bereits übergebene Mietsache dem Mieter nachträglich durch einen angeblich besserberechtigten Dritten entzogen wird, der Mieter die Thatsache der Entziehung nachzuweisen hat; dagegen braucht er nicht auch (wie in dem analogen Falle der Käufer) nachzuweisen, daß der Dritte wirklich ein besseres Recht an der Mietsache hatte; denn der Mieter kann ja den Schutz des Vermieters auch gegen ungerechtfertigte Angriffe Dritter anrufen.[32])

9. Die Pflichten des Vermieters können vertragsmäßig abgeändert werden.

a) Sie können verschärft werden.

Am häufigsten geschieht dies dadurch, daß der Vermieter gewisse Eigenschaften der Mietsache besonders zusichert und dadurch seine Verantwortung für die Beschaffenheit der Sache erhöht[33]) oder daß der Vermieter dem Mieter die Weitervermietung der Mietsache im voraus gestattet.

b) Sie können aber auch gemildert werden. Das kommt besonders häufig bei der Wohnungsmiete vor: in vielen Städten pflegen sich die Wohnungsvermieter beim Abschluß der Mietverträge gedruckter Formulare zu bedienen, in denen eine Fülle von Klauseln zu ihren gunsten auftreten; der Mieter ist hiergegen wehrlos, weil er einen Vermieter, der auf den Gebrauch dieser Formulare verzichtet, kaum findet. Das Gesetz giebt derartige Vereinbarungen frei. Doch bestimmt es — abgesehen von der allgemeinen Regel, daß unsittliche und wucherische Vertragsbestimmungen nichtig sind — zwei Beschränkungen: ungültig ist eine Vertragsklausel, 1. welche die Rechte des Mieters gegenüber einem arglistigen Vermieter unter das gesetzliche Maß herabsetzt[34]) oder 2. dem Mieter einer ungesunden Wohnung das gesetzliche Kündigungsrecht entzieht oder schmälert.[35])

III. Die einzelnen Verpflichtungen des Mieters.

1. a) Der Mieter muß den vertragsmäßigen Mietzins entrichten. Doch braucht er dieser Pflicht nicht etwa Zug um Zug gegen Übergabe der Mietsache zu genügen, sondern erst postnumerando, d. h. am Ende der ganzen Mietzeit oder, wenn der Zins nach Zeitabschnitten (Wochen, Monaten u. s. w.) bemessen ist, nach dem Ende jedes solchen Abschnitts; bei der Grundstücksmiete soll der Zins indes spätestens nach dem Ablauf je eines Kalendervierteljahrs am ersten Werktage des folgenden Monats entrichtet werden, auch wenn er nach längeren Zeitabschnitten, z. B. nach Jahren bemessen ist.[36])

Beispiel. Eine Wohnungsmiete beginnt am 24. Dezember 1900; der Mietzins beträgt jährlich 3650 Mk. Dann ist erster Zinszahlungstermin der 2. Januar 1901 (mit 80 Mk.), zweiter der 1. April 1901 (mit 912,5 Mk.). — Die Regel zu a. gilt auch dann, wenn die

32) Siehe BGB. 535 Satz 1. 33) Siehe oben S. 459 c.

34) BGB. 540, 541, 543, 276 Abs. 2. 35) BGB. 544.

36) BGB. 551. Im gemeinen Recht war der Zins ganz allgemein erst am Ende der Mietzeit, im preußischen Recht (Pr. LR. I, 21 § 297) dagegen vierteljährlich postnumerando zu entrichten.

Miete vor Ablauf der bedungenen Mietzeit oder mitten im Laufe eines für die Bemessung des Zinses maßgebenden Zeitabschnitts aufgekündigt wird. Kündigt etwa der Mieter in dem obengenannten Beispiele die Wohnung als ungesund am 31. Januar, so braucht er die Januarmiete erst am 1. April zu zahlen.[37])

b) Ferner muß der Mieter während der Dauer des Mietverhältnisses die ihm übergebene Mietsache mit Sorgfalt behandeln.[38]) Er hat sich also nicht bloß eines vertragswidrigen Gebrauchs der Sache durchaus zu enthalten, sondern muß auch bei dem vertragsmäßigen Gebrauch dafür Sorge tragen, daß die Sache nicht verloren geht, verdirbt oder übermäßig abgenutzt wird; demgemäß muß er die Sache auf seine eigenen Kosten je nach den Umständen gut verwahren, lüften, reinigen u. s. w. Doch geht die Fürsorgepflicht des Mieters nicht soweit, daß er die Abnutzung der Sache vollständig verhindern z. B. in einer Mietwohnung Dach, Dielen, Tapeten stetig ausbessern und sogar nach und nach erneuern müßte. Vielmehr fällt diese „Instandhaltung", wie bereits erwähnt, dem Vermieter zu.[39]) — Selbstverständlich ist, daß der Mieter über die Sache nicht rechtlich verfügen und sie auch nicht willkürlich verändern darf; letzteres gilt auch dann, wenn die Veränderung, z. B. die Neutapezierung der Mietwohnung, dem Vermieter lediglich zum Vorteil gereicht.

c) Eine Besichtigung der Mietsache durch den Vermieter muß der Mieter gestatten, soweit sie üblich ist und den berechtigten Interessen des Vermieters dient, also namentlich dann, wenn der Vermieter die Mietwohnung nach erfolgter Kündigung zwecks anderweiter Vermietung einem Bewerber zeigen will. Ebenso muß er sich eine notwendige Ausbesserung der Mietsache durch den Vermieter gefallen lassen; soweit er dabei an dem Gebrauche der Mietsache gehindert wird, hat er das oben S. 460 besprochene Kündigungsrecht und wird von der Zinspflicht frei.

d) Zeigt sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr nötig (das Dach des Miethauses ist z. B. schadhaft, sodaß es einregnet), so muß der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige machen. So selbst dann, wenn er dabei ohne eigenes Interesse ist, also z. B. wenn der Mangel die Brauchbarkeit der Sache für die Mietzwecke nicht beeinträchtigt.[40]) Versäumt er die Anzeige, so ist er schadensersatzpflichtig und verliert außerdem das Recht, wegen des Mangels den Mietzins zu kürzen oder seinerseits Schadensersatz zu fordern, vorausgesetzt, daß der Vermieter in Folge der Unterlassung der Anzeige an der Beseitigung des Mangels verhindert worden ist. Dagegen behält er (mit einer unbedeutenden Beschränkung) sein Kündigungsrecht. — Diese Regeln gelten entsprechend auch dann, wenn während der Mietzeit ein Dritter sich ein Recht an der Sache anmaßt.[41])

e) Der Mieter muß endlich nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache und zwar gerade das ihm übergebene Sachindividuum, nicht aber, wie beim Darlehn, ein anderes gleichartiges Stück dem Vermieter zurückgeben.[42]) Der Zustand der Sache bei der Rückgabe muß den Regeln zu b entsprechen: der Mieter kommt also für eine während der Mietzeit eingetretene Verschlechterung der Sache nur soweit auf, als sie durch Verletzung der ihm

37) Siehe aber BGB. 559 flg. (Sicherstellung). 38) Siehe BGB. 548.
39) Siehe oben S. 459 c. 40) BGB. 545. Siehe Planck Anm. 1 zu § 545.
41) BGB. 545. 42) BGB. 556 Abs. 1.

obliegenden Fürsorgepflicht entstanden ist, nicht dagegen für die auch bei ordnungsmäßigem Gebrauche unvermeidliche Abnutzung, geschweige denn für rein zufällige Schäden. — Selbstverständlich muß der Mieter nach Maßgabe der vorstehenden Regeln auch das ihm mitvermietete Zubehör der Mietsache mitabliefern; ebenso Früchte, die er etwa von der Mietsache gezogen hat. — Ein Zurückbehaltungsrecht an der Mietsache wegen etwaiger Gegenansprüche gegen den Vermieter (z. B. auf Erstattung der auf die Sache gemachten Verwendungen) hat der Mieter nur bei der Fahrniß-, nicht auch bei der Grundstücksmiete.[43])

Nach Maßgabe der Landesgesetze können für die Räumung von Mietwohnungen seitens der Mieter bei Beendigung des Mietverhältnisses bindende Fristen festgesetzt werden. In Preußen geschieht dies durch die Ortspolizei.[43a])

f) Zur Abnahme der Mietsache (z. B. zum Einziehen in die Mietwohnung), ist der Mieter nicht verpflichtet. Er gerät also, wenn er die Abnahme verweigert, nur in Annahme-, nicht wie ein die Annahme der Kaufsache verweigernder Käufer[44]) in Erfüllungsverzug.

2. Läßt der Mieter seine Verpflichtungen unerfüllt, so hat der Vermieter Rechte verschiedener Art.

a) Er kann zuvörderst auf nachträglicher Erfüllung der Mieterpflichten[44a]) und auf Schadensersatz wegen Verspätung bestehen. Und zwar ist dieser Schadensersatzanspruch für den Fall, daß der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Mietsache nicht rechtzeitig zurückgiebt, eigentümlich tarifiert:[44b]) der Vermieter kann nämlich für die ganze Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung mindestens den bedungenen Mietzins beanspruchen.

b) Der Vermieter kann ferner, wie bei anderen gegenseitigen Verträgen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. So namentlich, wenn der Mieter die Mietsache schuldhaft verändert oder verschlechtert hat; in diesem Falle verjährt übrigens der Schadensersatzanspruch in sechs Monaten seit der Rückgabe.[44c]) So ferner auch dann, wenn der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses mit der Rückgabe der Mietsache in Verzug kommt und der Vermieter (regelmäßig unter Bestimmung einer angemessenen Nachfrist) die verspätete Rückgabe zurückweist.[45])

c) Er kann endlich die Miete ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufkündigen, ähnlich wie es im umgekehrten Falle, bei Nichterfüllung der Vermieterpflichten, der Mieter kann. Doch greift das Kündigungsrecht nur in zwei schweren Fällen Platz, nämlich erstens, wenn der Mieter mit der Entrichtung des Mietzinses für zwei aufeinanderfolgende Termine ganz oder

---

43) BGB. 556 Abs. 2. Pr. LR. I, 21 § 397 versagt dem Mieter das Zurückbehaltungsrecht auch bei der Fahrnißmiete.

43a) EG. 93. Pr. Ges. v. 30. 6. 34 § 2.

44) Siehe oben S. 444 VI.

44a) Siehe aber BGB. 550.

44b) BGB. 557. Ebenso sächs. b. GB. 1219. Siehe auch Pr. LR. I, 21 § 335.

44c) Verjährung dieses Anspruchs in 6 Monaten: BGB. 558.

45) BGB. 326.

teilweise im Verzuge ist, zweitens, wenn er die Sache gröblich mißbraucht, sei es daß er die Mietsache trotz Abmahnung des Vermieters fortgesetzt vertragswidrig benutzt, sei es, daß er durch die Vernachlässigung der gebührenden Sorgfalt die Mietsache erheblich gefährdet.[46])

Beispiele. 1. A. benutzt seine von B. ermietete „Wohnung" trotz B.'s Abmahnung zugleich als Verkaufsladen. B. kann kündigen, auch wenn A.'s Mißbrauch der Wohnung gar keinen Schaden bringt. 2. A. benutzt die Wohnung vertragsgemäß bloß zum Wohnen für sich und seine Kinder; B. kann kündigen, wenn die Wohnung durch die Kinder geradezu verdorben wird.

In dem ersten der oben genannten Fälle (Nichtzahlung des Mietzinses) setzt das Kündigungsrecht einen eigentlichen „Verzug" des Mieters voraus, fällt also fort, wenn die Nichtzahlung auf einem vom Mieter nicht zu vertretenden Umstande beruht. Im zweiten Falle gilt diese Beschränkung dagegen nicht; hier greift also das Kündigungsrecht auch gegen einen Mieter platz, der sich zu dem von ihm beliebten objektiv „vertragswidrigen" Gebrauche der Mietsache in entschuldbarem Irrtum für berechtigt hielt.[47]) — Das Kündigungsrecht wegen Nichtzahlung der Miete gilt, wenn der Mieter bei zwei aufeinander folgenden Terminen nicht „in Verzug gerät", sondern „im Verzuge ist"; sonach kann der Mieter die Kündigung vermeiden, wenn er zwar die Zahlung bei jedem einzigen Termin versäumt, aber doch noch nachholt, ehe sein Verzug wegen des folgenden Termins begonnen hat; ist dagegen der Doppelverzug einmal eingetreten, so behält der Vermieter sein Kündigungsrecht auch dann, wenn der Mieter den am ersten, nicht aber auch den am zweiten Termine fälligen Zins noch vor der Kündigung bezahlt.[48]) Über das Aufrechnungsrecht des Mieters s. BGB. 554 Abs. 2. — Über die Rückgewähr des im voraus entrichteten Mietzinses seitens des kündigenden Mieters s. BGB. 555.

3. Hat der Mieter — mit Ermächtigung des Vermieters oder eigenmächtig — den Gebrauch der Mietsache einem Dritten überlassen, so steht er für jeden Mißbrauch ein, den der Dritte mit der Sache treibt.[49]) Dagegen ist der Dritte (von dem Falle einer unerlaubten Handlung abgesehen) persönlich dem Vermieter nicht haftbar. Nur der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses kann von dem Vermieter nicht bloß gegen den Mieter, sondern auch unmittelbar gegen den Dritten geltend gemacht werden.[50])

4. a) Die den Verpflichtungen des Mieters gegenüberstehenden Rechte des Vermieters sind an und für sich persönliche Forderungsrechte. So auch dann, wenn der Vermieter, wie regelmäßig, Eigentümer der Mietsache ist: denn die Vermieterrechte beruhen ja nicht auf dem Eigentum des Vermieters, sondern nur auf dem von ihm mit dem Mieter abgeschlossenen Mietvertrage. — Im Konkurse des Mieters gilt das Recht des Vermieters auf Rückgabe der Mietsache als Aussonderungsrecht, während die übrigen Rechte bloße Konkursforderungen sind.

---

46) BGB. 554, 553. Ähnlich Pr. LR. I, 21 § 298, 387; sächs. b. GB. 1220. Das gemeine Recht gab dagegen dem Vermieter ein Kündigungsrecht wegen Nichtbezahlung des Mietzinses nur, wenn der Rückstand zwei volle Jahresraten umfaßte, Dernb. 2 § 111[34].

47) Abw. Planck zu § 553. Die Frage ist zweifelhaft, da das BGB. unter „Vertragswidrigkeit" mehrfach eine vom Schuldner zu vertretende Rechtswidrigkeit versteht, z. B. in § 628.

48) Dies scheint der Sinn vom BGB. 554 Abs. 1 Satz 2 zu sein.

49) BGB. 549 Abs. 2, 553. 50) BGB. 556 Abs. 3.

b) Doch hat der Vermieter eines Grundstücks, gerade wie der Mieter, außer seinen Forderungsrechten zugleich ein dingliches Recht, nämlich ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters.[51]) Hierüber ist im Sachenrecht eingehender zu sprechen.

5. Von dem Einfluß, den eine Veräußerung der Mietsache während der Mietzeit auf die Verpflichtungen des Mieters hat, kann gleichfalls erst im Sachenrecht gesprochen werden. Es kommt hier nämlich das erst im Sachenrecht darzustellende dingliche Recht des Mieters an der Mietsache maßgeblich in Betracht.

6. Ist es streitig, ob der Mieter seine Verpflichtungen erfüllt hat, so ist nach allgemeiner Regel er selber beweispflichtig.

7. Die Mieterpflichten können vertragsmäßig abgeändert werden.

a) Sie können verschärft werden. Das kommt besonders häufig bei der Wohnungsmiete vor: eben jene schon früher erwähnten viel gebrauchten Mietvertragsformulare pflegen sich nicht damit zu begnügen, die Verpflichtungen der Vermieter milder, sondern sie pflegen zugleich die Verpflichtungen der Mieter strenger zu bestimmen, als das Gesetz es thut. Das Gesetz giebt auch diese Vereinbarungen frei; einzige Beschränkung: die Vereinbarung darf nicht unsittlich oder wucherisch sein.

Eine kleine Hülfe gewährt hier aber BGB. 157, 226, 242 dem Mieter. Hervorzuheben ist namentlich, daß manche strenge Klauseln der Vertragsformulare nach der Verkehrssitte nicht so schlimm gemeint sein, wie ihr Wortlaut besagt, und daß alsdann nicht der Wortlaut der Klausel, sondern ihr verkehrsüblicher Sinn maßgebend ist. Wenn z. B. der Mieter bekennt, die in Wirklichkeit sehr verwahrloste Mietwohnung in tadellosem Zustande erhalten zu haben und sich verpflichtet, sie auch in tadellosem Zustande wieder zurückzugeben, so bedeutet das nicht, daß der Mieter die Wohnung wirklich „tadellos", also besser, als sie ihm selber übergeben ist, zurückzugewähren, ja nicht einmal, daß er für die bei ordnungsmäßigem Gebrauch der Wohnung unvermeidliche Abnutzung einzustehen hat, sondern bloß, 1. daß der Mieter die Beseitigung der thatsächlich vorhandenen Mängel vom Vermieter nicht fordern darf, 2. daß der Mieter bei Aufhebung des Mietvertrages beweisen muß, die Mängel der Wohnung seien schon bei Beginn der Mietzeit vorhanden gewesen oder später durch ordnungsmäßigen Gebrauch der Wohnung oder Zufall entstanden. Ebenso wird das Kündigungsrecht des Vermieters bei geringfügigen Vertragsverletzungen des Mieters (Abhaltung einer kleinen Wäsche in der Küche, Benutzung der Vordertreppe durch die Dienstboten u. s. w.) nur platz greifen, wenn der Mieter oder seine Angehörigen schuldhaft gehandelt haben.

b) Die Mieterpflichten können aber auch ermäßigt werden, z. B. dahin, daß der Wohnungsmieter die Früchte des zur Wohnung gehörigen Gartens behalten darf.

3. Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter.

§ 136.

Der Hauptpunkt, in dem das Rechtsverhältnis zwischen Verpächter und Pächter sich von dem zwischen Vermieter und Mieter unterscheidet, ergiebt sich ohne weiteres aus dem Begriffe der Pacht. Er stellt eine reine Begünstigung

51) BGB. 559 flg.

des Pächters im Vergleich zum Mieter dar: der Pächter darf die Früchte des Pachtgegenstandes, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind [1]), während der Dauer des Pachtverhältnisses gewinnen und auch bei Rückgabe des Pachtgegenstandes behalten. Aber auch abgesehen von diesem Kardinalunterschiede fehlt es an sonstigen Verschiedenheiten zwischen Pacht und Miete nicht. Doch beschränkt das Gesetz diese Verschiedenheiten meistens auf die Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke.

Übrigens werden einzelne der vom Gesetz nur für die landwirtschaftliche Pacht aufgestellten Regeln analog auch auf andere Pachtungen, z. B. die eines Forstes anzuwenden sein. Dies gilt z. B. für BGB. 582, 583, 591.

1. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes hat den Pachtzins, wenn dieser nach Jahren bemessen ist, nicht in vierteljährlichen Raten, wie einen Mietzins, sondern jährlich nur einmal zu entrichten, nämlich am ersten Werktage nach Ablauf des Pachtjahres.[2]) Hervorzuheben ist dabei, daß Pachtjahr und Kalenderjahr nicht zusammenzufallen brauchen, das Pachtjahr vielmehr je nach Abrede, z. B. am 24. Juni beginnen kann.

2. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes muß dem Grundstücke eine weit größere Fürsorge zuwenden als der Mieter der Mietsache; demgemäß wird umgekehrt die Fürsorgepflicht des Verpächters im Vergleiche zu der des Vermieters wesentlich herabgesetzt. Die Instandhaltung des Pachtgrundstückes samt des Pachtzubehörs fällt nämlich grundsätzlich dem Pächter zur Last. Sache des Pächters ist es also, nicht bloß, wie ein Mieter, solche Vorsichtsmaßregeln zu treffen, die eine übermäßige Abnutzung des Grundstückes verhindern, sondern er muß einer Abnutzung überhaupt vorbeugen. So muß er z. B. auf seine Kosten die Scheunendächer rechtzeitig erneuern, Wege und Gräben ausbessern u. s. w. Nur außergewöhnliche Schäden, wie sie etwa infolge einer Überschwemmung oder eines Orkans eintreten, braucht er nicht zu beseitigen, kann hier vielmehr vom Verpächter Abhülfe fordern.[3])

3. Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes ist an die von dem Verpächter oder früheren Pächter bisher geübte Betriebsart nicht gebunden, sondern zu Kulturänderungen wohl befugt. Nur sind ihm ohne Erlaubnis des Verpächters Änderungen der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstückes verboten, sofern sie auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind.[4])

So darf der Pächter z. B. statt des reinen Getreide- und Kartoffelbaues den Rübenbau oder statt des zwei- einen dreimaligen Grasschnitt einführen. Dagegen darf er ein einzeln gepachtetes Feld nicht als Lehmgrube benutzen; und wenn er eine magere Wiese in Ackerland umwandelt, muß er sie rechtzeitig vor Ablauf der Pacht in eine Wiese zurückverwandeln. —

---

1) Siehe oben S. 129².

2) BGB. 584. Das bisherige Recht kannte diese Regel noch nicht.

3) BGB. 582, 591. Ähnlich Pr. LR. I, 21 § 440, 443 u. s. w.

4) BGB. 583. Ähnlich Pr. LR. I, 21 § 436.

Dauernde Anlagen, die sich auf dem Grundstücke befinden (Gebäude, Gräben, Drainanlagen u. s. w.), darf er überhaupt nicht erheblich abändern.

4. Durch die Berechtigung des Pächters, die Früchte des Pachtgegenstandes zu behalten, sowie durch die besonderen zu 2., 3. behandelten Regeln wird die Art, in der der Pächter den Pachtgegenstand zurückzugewähren hat, wesentlich beeinflußt. Insbesondere gestaltet sich die Rückgabepflicht bei der Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke wie folgt.

a) Der Pächter hat das Pachtgrundstück nicht so zurückzugeben, wie er es vom Verpächter bekommen hat, sondern in der Beschaffenheit, welche das Grundstück bei einer während der ganzen Pachtzeit fortgesetzten ordentlichen Bewirtschaftung haben müßte.[5]) Insbesondere muß er das Grundstück in den letzten Pachtjahren mit aller Sorgfalt bestellen, obschon der Nutzen der Bestellung ganz oder teilweise nicht ihm, sondern seinem Nachfolger zufällt.

Der Pächter muß demgemäß u. U. das Grundstück besser zurückgeben, als er es bekam, ohne daß ihm der Mehrwert vergütet wird, z. B. wenn das Grundstück von einem früheren Pächter verwahrlost war: denn das gehört zu einer guten Wirtschaft. Er darf es aber u. U. auch schlechter zurückgeben, z. B. wenn es von dem früheren Pächter mit übertriebener, unrentabler Sorgfalt gepflegt worden war.

b) Früchte, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag des Grundstückes anzusehen sind[6]), kann der Pächter insoweit behalten, als sie vor Beendigung des Pachtverhältnisses „getrennt" wurden. Doch gilt bei der Pacht eines Landgutes[7]) eine Ausnahme wegen des Düngers; er ist, soweit er auf dem Gute gewonnen ist, vom Pächter ohne Wertansatz zurückzulassen. Und auch von sonstigen auf dem Gute vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen muß der Pächter eines Landgutes soviel zurücklassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden (Saatkorn, Grünfutter, Stroh u. s. w.); so auch dann, wenn er bei Antritt der Pacht gleichartige Erzeugnisse gar nicht oder in schlechterer Beschaffenheit oder geringerer Menge übernommen hat; doch muß ihm alsdann der Verpächter Vergütung leisten.[8])

c) Die noch nicht getrennten Früchte bleiben auf dem Grundstücke zurück. Eine Vergütung dafür erhält der Pächter vom Verpächter nicht. In dem letzten Pachtjahr geht ihm also der Wert der Ernte, für welche er die Mühen und Kosten der Bestellung gehabt hat, wenigstens teilweise verloren; eine Art Entschädigung liegt darin, daß er im ersten Pachtjahre eine Ernte gewonnen hat, für deren Bestellung nicht er, sondern sein Vorgänger Mühen und Kosten aufzuwenden hatte. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn die Pacht eines Landgutes mitten im Pachtjahre erlischt; alsdann hat nämlich der Verpächter die

---

5) BGB. 591. Ähnlich im Ergebnis Pr. LR. I, 21 § 614.

6) Siehe oben S. 129[2]. 7) Siehe oben S. 456[9].

8) BGB. 593. Ähnlich Pr. LR. I, 21 § 451, 603, 614; sächs. b. GB. 70, 1208.

Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, aber nach den Regeln ordentlicher Wirtschaft vor dem Ende des Pachtjahres zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen.[9])

Die hier besprochene Frage ist bereits oben S. 130 behandelt worden. Siehe dort auch ein Beispiel.

d) Über die Rückgabe eines auf Grund einer Schätzung gepachteten Landgutes s. BGB. 594.

5. Giebt der Pächter den Pachtgegenstand nach der Beendigung der Pacht nicht rechtzeitig zurück, so muß er (wie im gleichen Falle der Mieter) dem Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung als tarifmäßige Mindestentschädigung einen Teil des jährlichen Pachtzinses entrichten; dieser Teil wird aber nicht, wie bei der Miete, lediglich nach der Länge der Zeit berechnet, während deren der Verpächter den Pachtgegenstand rechtswidrig entbehrte, sondern nach dem Verhältnisse, in dem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahres stehen[10]); bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstückes wird dem Pächter also die Nichtrückgabe im August teurer zu stehen kommen als im Januar. Macht der Verpächter von diesem Rechte Gebrauch, so verbleiben die Nutzungen jener Zeit dem Pächter.

6. Sehr oft liefert der Verpächter das verpachtete Grundstück ohne Inventar, indem er es dem Pächter überläßt, sich ein Inventar selber anzuschaffen, es z. B. dem früheren Pächter abzukaufen. Dann hat er mit Bezug auf das Inventar keine Rechte oder Pflichten: namentlich kann er bei Beendigung der Pacht die Herausgabe des Inventars nicht fordern; andererseits kann der Pächter aber auch nicht verlangen, daß der Verpächter ihm das Inventar abnimmt. Nicht selten kommt es aber auch vor, daß der Verpächter das Grundstück mit Inventar verpachtet. Es geschieht dies meistens in einer der beiden folgenden Formen.

a) Der Pächter pachtet das Inventar ohne Bestimmung eines Schätzungswerts. Dann hat er alle einzelnen ihm übergebenen Inventarstücke als ordentlicher Wirt in gutem Stande zu halten und für jedes Stück, welches durch seine Schuld in Abgang kommt (d. h. unbrauchbar wird, verloren geht u. s. w.), Ersatz zu schaffen. Dagegen ist er bei Abgängen, die er nicht zu vertreten hat, nicht bloß ersatzfrei, sondern kann sogar fordern, daß der Verpächter Ersatz schaffe. Die Gefahr des Inventars liegt also beim Verpächter. — Bei Beendigung der Pacht muß der Pächter das ihm übergebene Inventar samt den in der Pachtzeit angeschafften oder von ihm pflichtmäßig anzuschaffenden Ersatzstücken dem Verpächter herausgeben. Hat er das Inventar vergrößert, so verbleibt das Mehr ihm; der Verpächter braucht es ihm nicht abzunehmen.[11])

b) Der Pächter pachtet das Inventar derart, daß er es zu dem Schätzungswerte bei Beginn der Pacht übernimmt und zu dem Schätzungswerte am Ende der Pacht zurückzugeben hat. Hier ist die Pflicht zur Ergänzung des Inventars

9) BGB. 592. Abweichend das bisherige Recht, s. oben S. 129, 4.
10) BGB. 597. Anders das bisherige Recht, s. sächs. b. GB. 1219.
11) BGB. 586. Ähnlich, aber in den Einzelheiten abweichend Pr. LR. I, 11 § 452 flg.

gerade umgekehrt geregelt wie in dem Falle a. Sie trifft nämlich den Pächter auch dann, wenn er den Abgang der zu ergänzenden Inventarstücke nicht zu verhindern imstande war; dagegen ist der Verpächter nur ersatzpflichtig, wenn er es ist, der den Abgang verschuldet hat. Die Gefahr des Inventars liegt also beim Pächter („eisernes Inventar“).[12]) — Bei Beendigung der Pacht muß der Pächter das ganze vorhandene Inventar dem Verpächter herausgeben und der Verpächter muß es abnehmen, mag es hinter dem bei Beginn der Pacht vorhandenen Bestande zurückbleiben oder darüber hinausgehen; dabei wird der Gesamtwert des Inventars abgeschätzt; ergiebt diese Schätzung gegenüber der bei Beginn der Pachtung vorgenommenen Schätzung ein Weniger, so muß der Pächter den Unterschied in Geld vergüten; ergiebt die Schätzung ein Mehr, so ist umgekehrt der Verpächter ersatzpflichtig. Ob die Verschiebung des Inventarwerts auf einer Veränderung des Inventarbestandes oder nur auf einer Veränderung der Preise beruht, ist gleichgültig.[13])

Der Unterschied der beiden Formen der Inventarpacht wird mit Bezug auf das „lebende“ Inventar (insbes. das Vieh) durch folgende Regel abgeschwächt[14]): auch bei der Form a muß der Pächter nämlich für einen Abgang, den er nicht zu verhindern imstande war und also eigentlich auch nicht zu vertreten hat, dennoch Ersatz schaffen, wenn 1. der Abgang ein gewöhnlicher ist, 2. der Ersatz aus dem von dem Inventarvieh gewonnenen Jungvieh beschafft werden kann, 3. diese Art des Ersatzes den Regeln guter Wirtschaft entspricht. Im übrigen, also namentlich bei ungewöhnlichen Abgängen, z. B. in Folge einer Viehseuche, gelten dagegen die Regeln zu a. auch für das lebende Inventar in voller Strenge.

Übrigens werden die beiden Formen der Inventarpacht auch noch in anderer Beziehung verschieden behandelt. Der Pächter ist nämlich im Falle b freier gestellt: er kann das Inventar verringern, vergrößern oder seine Zusammensetzung ändern. Demgemäß braucht er nicht jedes einzelne abgängige Stück zu ersetzen, er kann Inventarstücke veräußern, auch wenn sie noch nicht abgängig sind, er kann Neuanschaffungen vornehmen, u. s. w. Eben deshalb wird auch bei Beendigung der Pacht der nunmehrige Inventarbestand und der Bestand beim Pachtbeginn nur im ganzen verglichen; der Pächter kann also z. B. ein Weniger des „toten“ durch ein Mehr des „lebenden“ Inventars ausgleichen. Doch muß er selbstverständlich bei den Änderungen des Inventarbestandes in den Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft bleiben; demnach braucht der Verpächter überflüssige oder zu teure Stücke, die der Pächter für das Inventar angeschafft hat, bei Aufhebung der Pacht nicht abzunehmen; er kann während der Dauer des Pachtverhältnisses eine unwirtschaftliche Verringerung des Inventars verbieten u. s. w. — Im Falle a darf der Pächter das Inventar dagegen nur ändern, wenn dies durch die Regeln guter Wirtschaft geradezu geboten ist.[15])

Dagegen gilt für die Fälle a, b gleichmäßig der Satz, daß das Eigentum des Inventars nicht dem Pächter, sondern (regelmäßig) dem Verpächter zukommt. Insbesondere gilt dies auch für solche Stücke, die der Pächter neu anschafft und dem Inventar „einverleibt“.[16]) — Der Pächter hat an dem Inventar ein gesetzliches Pfandrecht. Hiervon wird im Sachenrecht zu sprechen sein.[17])

Die vorstehenden Regeln gelten nicht bloß bei der Pacht landwirtschaftlicher, sondern auch sonstiger Grundstücke, z. B. eines Theaters. Analog werden sie auch anzuwenden sein, wenn ein Inventar für sich allein, ohne Grundstück, gepachtet wird.[18])

---

12) Siehe Pr. LR. I, 21 § 475. 13) BGB. 589 Abs. 1, 3.
14) BGB. 586 Abs. 2. 15) BGB. 588, 589.
16) BGB. 588, 589 Abs. 2. 17) BGB. 590.
18) Planck Anm. 2 zu § 587.

7. Im übrigen sind die Verpflichtungen des Verpächters und des Pächters die gleichen, wie die des Vermieters und Mieters. So muß z. B. der Verpächter die Lasten des Pachtgegenstandes tragen. Ferner kann der Pächter eine Befreiung vom Pachtzins nur unter den gleichen Voraussetzungen beanspruchen, wie ein Mieter; das bisherige Recht hat hier allerdings den Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes günstiger behandelt, indem es ihm bei gewissen unverschuldeten größeren Wirtschaftsunfällen ein Recht auf „Remission" des Pachtzinses gab [19]); das bürgerliche Gesetzbuch hat aber diese Regel beseitigt; der Pächter kann also fortab wie der Mieter „Remission" nur fordern, wenn der Unglücksfall vom Verpächter zu vertreten ist.

Vertreten muß der Verpächter den Unglücksfall (nach Maßgabe der Regeln oben S. 458, 462) namentlich dann, wenn die Tauglichkeit des Grundstückes zum Fruchtgenusse dadurch aufgehoben wird, also z. B. wenn eine Überschwemmung das Mähen des noch ungeschnittenen oder das Einbringen des bereits geschnittenen Korns verhindert. Dagegen hat er die Folgen von Dürre, Frost, Hagel nicht zu vertreten. [20])

4. Beendigung des Miet- und Pachtverhältnisses.

§ 137.

I. Beendigung des Mietverhältnisses.

1. Das Mietverhältnis kann auf bestimmte Zeit begründet werden, z. B. auf 2 Jahre, auf die Dauer einer Ausstellung. Dann hört es mit dem Ablaufe dieser Zeit von selbst auf, ohne daß es einer Kündigung bedarf. [1])

2. Das Mietverhältnis kann aber auch auf unbestimmte Zeit begründet werden. Alsdann hört es erst auf, wenn eine der Parteien der anderen kündigt. Diese Kündigung ist aber an die Einhaltung bestimmter Fristen gebunden — eine Regel deutschrechtlichen Ursprungs, die auch nach der Rezeption fast überall in Geltung geblieben ist, obschon sie dem römischen Rechte nicht bekannt war. [2]) Die Kündigung kann nämlich nur erfolgen [3]):

a) bei der Grundstücksmiete

wenn der Zins nach Tagen bemessen ist, für jeden Tag am Tage vorher,
" " " " Wochen " " " den Schluß jeder Kalenderwoche am ersten Werktage der Woche,
" " " " Monaten " " " den Schluß jedes Kalendermonats am 15. des Monats,

---

19) Dernb. 2 § 111[21]; Pr. LR. I, 11 § 478—596 (über 100 Paragraphen!).
20) Planck Anm. 6 zu § 581.
1) BGB. 564 Abs. 1.
2) Stobbe 3 § 186[26].
3) BGB. 565. Sehr ähnlich (wenigstens bei der Grundstücksmiete) Pr. LR. I, 21 § 340 flg. und preuß. V. v. 9. 1. 12. Verschiedener ist sächs. b. GB. 1215.

wenn der Zins anderweit, z. B. nach Jahren bemessen, ist — für den Schluß jedes Kalendervierteljahres am 3. Werktage des Vierteljahres.

b) bei der Fahrnismiete

wenn der Zins nach Tagen bemessen ist, für jeden Tag am Tage vorher,
„ „ „ anderweit „ „ für jeden Tag am dritten Tage vorher.

Beispiel. A. hat von B. durch zwei selbständige Verträge eine Wagenremise und einen Wagen für einen Jahreszins von je 100 Mk. gemietet. Am 4. April kündigt er. Die Kündigung wird wirksam für die Remise am 30. September, für den Wagen am 7. April.

Übrigens hat, obschon es sich doch bei der Bestimmung der Kündigungsfristen um sehr einfache Dinge handelt, das BGB. die vorstehenden Regeln unklar formuliert. Denn es sagt nicht, 1) ob die Kalenderwoche mit dem Sonnabend oder dem Sonntag schließt, 2) ob bei einem tageweise bemessenen Zins die Miete mit dem Beginne oder mit dem Ende des ersten bezw. dritten auf die Kündigung folgenden Tage aufhört. Ich entscheide mich zu 1. für den Sonntag, zu 2. für das Tagesende.[4])

3. Wird ein Mietvertrag über ein Grundstück auf länger als ein Jahr ohne Beobachtung der für diesen Fall vorgeschriebenen Schriftform abgeschlossen, so ist diese Zeitbestimmung als solche ungültig. Der Vertrag gilt vielmehr als auf „unbestimmte" Zeit. Das Mietverhältnis endigt also nur auf Grund einer Kündigung, bei welcher die zu 2 genannten Fristen einzuhalten sind; doch ist die Kündigung frühestens für den Schluß des ersten Mietjahres zulässig.[5])

Beispiel. A. hat von B. mündlich einen Bleichplatz auf 5 Jahr' vom 2. Mai 1900 ab für monatlich 10 Mk. gemietet; die Kündigung ist zuerst für den 31. Mai 1901 zulässig und muß alsdann am 15. d. Mts. erklärt werden.

4. In einigen Fällen ist eine Aufkündigung des auf bestimmte Zeit begründeten Mietverhältnisses schon vor Ablauf der bedungenen Mietzeit in der Art zulässig, daß die Kündigung bei der Grundstücksmiete für den Schluß eines Kalendervierteljahres am 3. Werktage des Vierteljahres, bei der Fahrnismiete für jeden beliebigen Tag am 3. Tage vorher erklärt werden muß. Man spricht alsdann von einer Kündigung unter Einhaltung der „gesetzlichen Frist"[6]), obschon, wie die Regeln zu 2 zeigen, die gewöhnlichen gesetzlichen Kündigungsfristen weit verwickelter bestimmt sind. Diese vorzeitige, aber befristete Kündigung steht zu:

a) beiden Parteien, wenn der Mietvertrag für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen ist, jedoch frühestens für den Schluß des ersten Kalendervierteljahres des 31. Jahres; nur wenn der Mietvertrag auf die Lebenszeit einer der Parteien (nicht auch ihrer Angehörigen) abgeschlossen wurde, ist diese Kündigung unzulässig, mag dadurch auch die Mietzeit auf weit mehr als 30 Jahre erstreckt werden[7]);

---

4) Abw. zu 2 Planck Anm. 2 zu § 565.
5) BGB. 566. Siehe die verwandte Bestimmung Pr. LR. I, 21 § 406.
6) BGB. 565 Abs. 4.
7) BGB. 567. Das bisherige Recht kennt diese Regel nicht.

b) dem Vermieter und den Erben des Mieters, wenn der Mieter stirbt; doch darf die Kündigung nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist [8]);

c) dem Vermieter und dem Konkursverwalter, wenn über das Vermögen des Mieters Konkurs eröffnet ist [9]);

d) dem Mieter, wenn er zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrages Beamter, Geistlicher, Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt oder Militärperson war und demnächst nach einem anderen Orte versetzt wird: doch gilt dies Kündigungsrecht nur für die Räume (Wohnung, Stallung u. dgl.), welche er für sich oder seine Familie an dem bisherigen Wohn- oder Garnisonorte gemietet hat: die Kündigung darf, wie in dem Falle b nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist [10]);

e) dem Mieter, wenn der Vermieter ihm die Erlaubnis zur Überlassung der Mietsache an einen Dritten grundlos verweigert [11]);

f) dem Erwerber der Mietsache, wenn er die Sache durch eine Zwangsversteigerung oder eine freihändige Veräußerung des Konkursverwalters erwirbt; die Kündigung darf, wie in den Fällen b, d nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist. [12])

5. In anderen Fällen kann endlich das Mietverhältnis, mag es für bestimmte oder für unbestimmte Zeit begründet sein, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgekündigt werden. Die hierher gehörigen Fälle sind bereits im vorigen Paragraph erwähnt. — Nach gemeinem und preußischem Rechte konnte der Vermieter ohne Frist auch dann kündigen, wenn eine Hauptreparatur der Mietsache nötig war, nach gemeinem Rechte ferner auch dann, wenn er die Sache für sich selbst gebrauchte. Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese beiden Kündigungsgründe beseitigt. [13])

6. Liegt darin, daß der Mieter, nachdem das Mietverhältnis durch Zeitablauf oder Kündigung aufgehoben ist, dennoch den Gebrauch der Mietsache thatsächlich ohne Widerspruch des Vermieters fortsetzt, eine stillschweigende Verlängerung jenes Mietverhältnisses, oder bedarf es hierzu einer anderweiten positiven Willensäußerungen der Parteien? Das preußische Recht hat letzteres, das bürgerliche Gesetzbuch nach dem Vorgange des gemeinen Rechts ersteres angenommen. [14]) Ist eine der Parteien mit der Verlängerung nicht einverstanden, so muß sie es binnen einer Frist von zwei Wochen der Gegenpartei erklären; die Frist beginnt für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für

---

8) BGB. 569. Ebenso das bisherige preuß. Recht: Dernb. Pr. Pr. 2 § 171[19], [21].

9) KonkOrdn. 19.

10) BGB. 570. Ebenso das bisherige preuß. Recht, Dernb. Pr. Pr. 2 § 173[15].

11) BGB. 549. Ebenso Pr. LR. I, 21 § 312.

12) RGes. v. 24. 3. 97 § 57 (siehe auch ebenda 183) — KonkOrdn. 21.

13) Windscheid § 402[7]. Dernb. Pr. Pr. 2 § 173[7].

14) Windscheid § 402[11]. Siehe Dernb. Pr. Pr. 2 § 172[10].

den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in dem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt.[15]) — Erfolgt eine derartige Erklärung nicht, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert; im übrigen bleiben die Bestimmungen des bisherigen Mietvertrages in Kraft.

Diese Regel setzt aber voraus 1. daß der Mieter nicht vor Ablauf der vierzehntägigen Frist den Gebrauch der Mietsache aufgiebt, 2. daß Mieter und Vermieter während der Frist im Stande waren, eine die Fortsetzung des Mietverhältnisses ausschließende Erklärung abzugeben. Die Regel ist also z. B. unanwendbar, wenn der Mieter oder Vermieter ein Geisteskranker ohne Vormund ist.[16])

7. Die Kündigung ist eine einseitige, aber empfangsbedürftige Erklärung, wirkt also nur, wenn sie zur bestimmten Zeit bei der Gegenpartei eingeht. Im übrigen ist sie formlos und bedarf namentlich der Angabe des Kündigungsgrundes nicht.[16a])

Doch fordern Treu und Glauben, daß der Kündigende der Gegenpartei wenigstens auf Verlangen den Kündigungsgrund angiebt; verletzt er diese Pflicht, so ist er schadensersatzpflichtig, während die Kündigung selber auch in diesem Falle wirksam bleibt. — Sind bei dem Mietverhältnis mehrere Mieter oder Vermieter beteiligt, so muß die Kündigung von allen an alle erklärt werden[17]); nur eine ungesunde Wohnung wird von jedem einzelnen Mieter gekündigt werden können.

8. Von Rechtswegen erlischt das Mietverhältnis mit dem Untergange der Mietsache.

9. a) Die meisten der vorstehenden Regeln können vertragsmäßig abgeändert werden. So ist es namentlich zulässig, daß die Parteien bei einem Mietvertrage auf unbestimmte Zeit Kündigungsfristen vereinbaren, die länger sind als die gesetzlichen; doch darf alsdann der Mietvertrag, sobald einer der zu 4 genannten Umstände eintritt, gerade so wie ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag, also unter Einhaltung nicht der vereinbarten längeren, sondern der gesetzlichen kürzeren Kündigungsfrist aufgekündigt werden.

b) Ungültig ist eine Vereinbarung, welche der Regel zu 3 irgendwie widerspricht oder den Regeln zu 4 a, c, f zuwider die Kündigung erschwert oder das Kündigungsrecht des Mieters einer ungesunden Wohnung einschränkt.

II. In gleicher Art, wie das Miet-, wird auch das Pachtverhältnis beendigt. Nur folgende Abweichungen greifen Platz.

1. Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechts die Pachtzeit nicht bestimmt oder wird die Pacht unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist vor Ablauf der bestimmten Zeit gekündigt, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahres zulässig. Die Kündigung muß spätestens am ersten Werktage des halben Jahres erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht endigen soll.[18])

2. Die vorzeitige Kündigung der Pacht aus dem Grunde, daß der

---

15) BGB. 568. Ähnlich sächs. b. GB. 1218. Siehe auch Pr. LR. I, 21 § 326.
16) Endemann 170³.
16a) RG. 17 Nr. 48; 21 Nr. 82.
17) Endemann § 170⁶. Siehe BGB. 356.
18) BGB. 595. Ähnlich Pr. LR. I, 21 § 343.

Pächter versetzt wird oder der Verpächter die Überlassung des Pachtgrundstücks an einen Dritten nicht gestatten will, ist unzulässig.[19]) Stirbt der Pächter, so haben nur seine Erben ein Kündigungsrecht, nicht auch der Verpächter.[20])

Zusatz zu §§ 134 flg. Die Regeln des BGB.'s über Miete und Pacht finden rückwirkend auch auf Miet- und Pachtverträge Anwendung, die vor 1900 abgeschlossen sind, wenn nicht die Kündigung nach dem 31. Dezember 1899 für den ersten Termin erfolgt, für den sie gemäß den bisherigen Gesetzen zulässig ist; doch beginnt die Anwendbarkeit erst mit diesem Kündigungstermine.[21]) Beispiel: ein Mietvertrag ist zunächst auf ein Jahr vom 1. Oktober 1895 mit der Klausel abgeschlossen, daß er, wenn die Kündigung nicht am ersten des letzten Vierteljahrs erfolgt, immer auf ein weiteres Jahr verlängert wird; dieser Vertrag tritt, wenn nicht spätestens am 1. Juli 1900 gekündigt wird, vom 1. Oktober 1900 unter das neue Recht. — Bei dieser Regel ist indessen nur an das ordentliche, willkürliche, nicht an das außerordentliche bloß aus bestimmten Gründen eintretende Kündigungsrecht der Parteien zu denken; so verbleibt z. B., wenn der Mieter in der Neujahrsnacht 1899/1900 seine Wohnung demoliert, sein Mietvertrag trotz BGB. 553 zunächst noch unter altem Recht.

IV. Der Trödelvertrag.[1])

§ 138.

1. Der Trödelvertrag steht der Miete nahe: die eine Partei — der Geber — überläßt der Gegenpartei eine Sache nicht zum Gebrauch, sondern zum Feilhalten während einer gewissen Frist; die Gegenpartei aber — der Trödler — verspricht, die Sache nach Ablauf der Frist zurückzugeben oder einen festbestimmten Taxpreis für die Sache zu zahlen.

2. Das BGB. hat, abweichend von den älteren Gesetzbüchern, den Trödelvertrag nicht besonders geregelt. Es sind deshalb allein die allgemeinen Rechtsregeln und der mutmaßliche Wille der Parteien entscheidend.

a) Der Trödelvertrag ist ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag; denn das Feilhalten der Sache geschieht im gemeinsamen Interesse beider Parteien: geht doch die Absicht der Parteien dahin, daß der Trödler die Sache teurer als zum Taxpreise verkaufen möge, welches Falles der Taxpreis an den Geber, der Überschuß an den Trödler fällt.

b) Der Trödler darf die Sache entgeltlich veräußern, vor allem verkaufen; doch ist er dazu nur „ermächtigt", nicht „beauftragt", braucht sich also um den Verkauf der Sache nicht besonders zu bemühen. — Sonstige Verfügungen über die Sache (Verschenken, Vermieten u. dgl.) sind dem Trödler nicht gestattet; auch darf er die Sache nicht gebrauchen oder verbrauchen.

c) Der Geber behält zunächst die ihm bisher zustehenden dinglichen Rechte an der Sache und hat im Konkurse des Trödlers ein Aussonderungsrecht.[2]) Erst wenn der Trödler die Sache einem Käufer übereignet oder den Taxpreis

19) BGB. 596.
20) BGB. 596. Abw. Pr. LR. I, 21 § 369.
21) EG. 171.
1) Chambon, Beitr. z. Obligationenrecht S. 1 (51), Brinz, kritische Blätter S. 1 (52).
2) Pr. LR. I, 11 § 520; sächs. b. GB. 1291.

bezahlt, büßt der Geber seine dingliche Rechtsstellung ein.[3]) Zugleich haftet er dem Trödler fortab für die Sache wie ein Verkäufer.

d) Die Gefahr der Sache ruht zunächst beim Geber und geht erst mit dem Zeitpunkt, in dem dieser seine dinglichen Rechte verliert, auf den Trödler über[4])

3. Der wichtigste Anwendungsfall des Trödelgeschäftes ist das Konditionsgeschäft der Buchhändler. Seine Darstellung gehört dem Handelsrechte an.[5])

V. Die Schenkung.[1])

§ 139.

I. Begriff der Schenkung.

1. Die Schenkung kann, wie Kauf und Tausch, auf die vollständige Übertragung von Gütern seitens des Schenkers an den Beschenkten oder, wie Miete und Pacht, auf eine bloße Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung gehen [2]); sie wird deshalb mit dem umfassenden Ausdruck „Zuwendung“ bezeichnet. Dagegen unterscheidet sie sich sowohl von Kauf und Tausch, wie von Miete und Pacht dadurch, daß sie unentgeltlich erfolgt. — Aber nicht jede unentgeltliche Zuwendung ist Schenkung.[2]) Die echte Schenkung muß vielmehr noch zwei weitere Merkmale aufweisen: sie muß erstlich den Geber ärmer, den Empfänger reicher machen; sie muß zweitens nicht bloß als unentgeltliche Zuwendung gegeben, sondern auch als solche angenommen sein.

Deutlich treten alle diese Merkmale in dem folgenden Beispiele hervor: A. übereignet dem B. 1000 Mk., räumt ihm in seinem Hause auf Lebenszeit eine Wohnung ein und erläßt ihm eine alte Darlehnsschuld von 500 Mk.; B. nimmt diese Gaben ohne irgend welche Gegenleistung an.

a) Die Schenkung ist also zuvörderst eine Zuwendung, d. h. ein Rechtsgeschäft, durch welches die eine Partei der anderen ein Gut überträgt oder zu Gebrauch oder Nutzung überläßt.[3]) Demnach scheiden aus dem Kreise der Schenkungen aus: α) alle Nichtrechtsgeschäfte, β) alle Rechtsgeschäfte, die keine Güterübertragung oder Gebrauchsüberlassung enthalten.

Als Nichtrechtsgeschäfte und deshalb zugleich als Nichtschenkungen nennen wir folgende Beispiele: A. läßt (absichtlich oder aus Versehen) eine ihm zustehende Forderung verjähren

---

3) Nach Pr. LR. I, 11 § 513 geht das Eigentum der Sache mit dem Ablauf der Trödelfrist auf den Trödler über.

4) Pr. LR. I, 11 § 516; sächs. b. GB. 1292. Das gemeine Recht ist bestritten, Dernb. 2 § 120[8].

5) Siehe m. Lehrb. des Handelsr. § 84. Wenn ich an dieser Stelle mich gegen die Zurechnung des Konditionsgeschäfts zu den Trödelverträgen erklärt habe, bezieht sich dies nur auf den Trödelvertrag des bisherigen Rechts.

1) v. Meyerfeld, Lehre v. d. Schenkungen (35, 37); v. Savigny, System 4 S. 1; Bekker 2 § 102 flg.

2) Siehe unten S. 481, 2. 3) Siehe oben S. 149, 2.

oder versäumt es, wider ein zu seinen Ungunsten ergangenes materiell nicht gerechtfertigtes Urteil Einspruch oder Berufung einzulegen. — B. reißt seine wertvolle Mauer ein, um die Aussicht seines Nachbarn zu verbessern, und verringert dadurch, zumal der Wiederaufbau der Mauer polizeilich untersagt ist, den Wert des eigenen, erhöht den Wert des Nachbargrundstücks. — C. läßt, während sein Freund D. verreist ist, dessen Haus anstreichen. — E. zündet sich eine Zigarre an einer Reichsbanknote an und befreit dadurch die Bank von der Verpflichtung, die Note in baar einzulösen.

Freilich sagt das Gesetz nirgends, daß die Zuwendung ein Rechtsgeschäft sein müsse; im Gegenteil scheint es, als seien im gemeinen Rechte auch manche Nichtrechtsgeschäfte für Zuwendungen erachtet worden.[4]) Indes wird die Richtigkeit meiner Ansicht doch wohl durch das letzte Beispiel des vorhergehenden Absatzes schlagend bewiesen: schwerlich wird sich jemand finden, der das Brandopfer des E. für eine Schenkung an die Reichsbank ansehen und die Bank demgemäß, falls sie auf E.'s Anzeige hin die Schenkung als solche zurückweist, aus BGB. 516 Abs. 2 zur Herausgabe ihrer Bereicherung zwingen möchte.[5])

Die Rechtslage ändert sich aber sofort, wenn jemand eine der soeben besprochenen an und für sich nicht rechtsgeschäftlichen Begünstigungs- oder Bereicherungshandlungen mit der begünstigten Gegenpartei vereinbart, sei es, daß er sich der Gegenpartei zu einer dieser Handlungen verpflichtet, sei es, daß die Gegenpartei auch bloß darein willigt. Denn alsdann ist ja eben die Handlung im Verhältnis zwischen Gönner und Begünstigtem auf rechtsgeschäftlichen Boden gestellt.

b) Die Schenkung ist eine Zuwendung, welche nach Auffassung beider Beteiligten, des Gebers und des Empfängers, unentgeltlich erfolgt. — Unter einem Entgelt verstehen wir eine „Gegenleistung" des Empfängers, d. h. eine Leistung, von welcher die Zuwendung des Gebers rechtlich abhängig ist; deshalb ist ein freiwilliges Gegengeschenk des Empfängers, mag auch der Geber thatsächlich mit voller Bestimmtheit darauf gerechnet haben, im Rechtssinne kein Entgelt. — Eine Gegenleistung ist nur dann Entgelt, wenn sie von den Beteiligten der Zuwendung als gleichwertig zur Seite gestellt wird. Es kommt also (gerade wie bei Kauf, Miete u. s. w.) nicht auf den objektiven Wert der beiderseitigen Leistungen, sondern auf deren subjektive Wertschätzung seitens der Parteien an.[6]) Und zwar genügt es, wenn die Wertgleichheit auch nur von einem der Beteiligten angenommen wird.

Beispiel. A. übereignet seinem Bruder B. ein Haus; dieser übernimmt dabei die auf dem Hause ruhenden Hypotheken, ohne eine weitere Zuzahlung leisten zu müssen. Die Hypotheken betragen 70 000 Mk.; den Wert des Hauses giebt A. auf 100 000, B. auf 50 000 Mk. an; A. behauptet dem B. 30 000, B. behauptet dem A. 20 000 Mk. zu schenken. Thatsächlich liegt weder eine Schenkung des A. an B., noch des B. an A. vor.

c) Die Schenkung ist eine Zuwendung, welche den Geber ärmer, den Empfänger reicher macht. Dies Erfordernis fällt meistens mit dem Erfordernis der Unentgeltlichkeit zusammen. Doch gibt es Fälle, in denen eine Zuwendung unentgeltlich ist und doch weder den Geber ärmer noch den Empfänger reicher macht; ebenso umgekehrt.

Beispiel I. A. verzichtet auf sein Vorkaufsrecht an B.'s Grundstück zu gunsten des B. Der Verzicht geschieht unentgeltlich. Dennoch wird man nicht sagen, daß A. hierdurch „ärmer",

4) Bekker S. 174 C., 184, 185 VI.
5) Siehe auch BGB. 685.
6) Siehe oben S. 391, 3.

B. „reicher" wird. II. Ein Mädchen kauft ihrem früheren Bräutigam ihre Brautbriefe ab. Das Geschäft ist entgeltlich. Dennoch wird man behaupten, daß das Mädchen dadurch ärmer, der Mann reicher wird.

Aus dem Reicherwerden des Empfängers pflegt das Ärmerwerden des Gebers von selbst zu folgen und umgekehrt. Doch giebt es auch hier Ausnahmen. Wenn z. B. ein zahlungsunfähiger Schuldner einem der Gläubiger freiwillig eine Sicherheit bestellt, so bereichert er ihn; ärmer werden dadurch nur seine übrigen Gläubiger, nicht er selbst; giebt der Gläubiger nachträglich dem Schuldner die Sicherheit zurück, so wird er ärmer, reicher werden aber nur die übrigen Gläubiger, nicht der Schuldner. Wichtiger ist noch das Beispiel der letztwilligen Zuwendungen: sie machen den Empfänger reicher, aber den Geber nicht ärmer.

d) Wird dem Erfordernis, daß die Schenkung den Geber ärmer, den Empfänger reicher machen muß, genügt, wenn eine Zuwendung den Geber an einer ihm sonst möglichen Vergrößerung seines Vermögens hindert oder wenn sie den Empfänger vor einer sonst unvermeidlichen Verkleinerung seines Vermögens bewahrt? Das Gesetz verneint die erste Frage: es ist also keine Schenkung, wenn jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt; ja es soll nicht einmal als Schenkung gelten, wenn jemand Erbschaften und Vermächtnisse, die ihm bereits angefallen sind, zum Vorteil eines Anderen ausschlägt [7]), obschon er doch Erbschaft und Vermächtnis bereits mit dem Anfalle erwirbt, also durch die Ausschlagung sein Vermögen positiv verringert. Dagegen bejaht das Gesetz (stillschweigend) die zweite Frage: es gilt als Schenkung, wenn jemand durch eine unentgeltliche Zuwendung zwar nicht einen Zuwachs an Vermögen gewinnt, aber doch vor dem Verluste eines Gutes oder vor einer notwendigen Ausgabe behütet wird.

Beispiel. A. verpflichtet sich, dem B. bei der Erntearbeit unentgeltlich zu helfen. Das ist keine Schenkung. Allerdings bereichert A. dadurch den B.; denn er erspart ihm die Zuziehung eines Lohnarbeiter, also eine sonst unvermeidliche Ausgabe. Dagegen macht er sich selbst nicht ärmer; denn daß er sich zur Arbeit bei B. verpflichtet, verringert sein Vermögen nur insofern, als ihm dadurch die Gelegenheit zu anderer bezahlter Arbeit oder sonstiger gewinnbringender Thätigkeit entgeht; diese Art der Vermögensverringerung ist aber nichts anderes als die Ablehnung eines künftigen Erwerbes, genügt also (selbst wenn es sich um Arbeiten handelt, die sonst bezahlt zu werden pflegen und die auch gerade A. sich sonst bezahlen läßt) für den Thatbestand der Schenkung nicht! — Aus ähnlichen Gründen ist die unentgeltliche Leihe (z. B. einer Wohnung) keine Schenkung, sofern der Leiher den Leihgegenstand selber nicht braucht und ihn vom Empfänger stets zurückfordern kann; denn alsdann wird er ärmer nur dadurch, daß er für die Überlassung des Gegenstandes keine Bezahlung fordert, also einen Erwerb ablehnt. Dagegen kann eine Leihe auf eine festbestimmte Leihzeit, ebenso ein zinsloses Darlehn u. dgl. sehr wohl Schenkung sein.

Der Verzicht auf die Früchte des Vermögens (z. B. die Fortgabe noch nicht fälliger Zinsscheine eines Wertpapiers, die Herabsetzung der für ein Darlehn mit 5 % bedungenen Zinsen auf 4 %) ist nicht als Ablehnung der Vergrößerung, sondern geradezu als Verkleinerung des Vermögens anzusehen, kann also eine ächte Schenkung darstellen. [8]) Das gleiche gilt für die Veräußerung eines Jagdrechts, des etwaigen auf ein Lotterielos fallenden Gewinnes u. s. w.

---

7) BGB. 517. Ebenso Pr. LR. I, 11 § 1039; das gemeine Recht ist zweifelhaft, s. Windscheid § 365[6], Dernb. 2 § 106[9], Bekker 2 S. 179 d.

8) Im gemeinen und preußischen Rechte zweifelhaft, s. Windscheid § 365[6]; Dernb. Pr. Pr. 2 § 161[7].

e) Im bisherigen Recht mußte der Schenker die Bereicherung des Beschenkten geradezu beabsichtigt haben. Wie diese Bestimmung zu verstehen sei, ist immer zweifelhaft gewesen.[9]) Im bürgerlichen Gesetzbuch ist sie beseitigt. Sonach kann eine Zuwendung fortab auch dann Schenkung sein, wenn der Geber mit ihr erkennbar in erster Reihe egoistische Zwecke verfolgt.

Beispiel. Der Fiskus sucht im Osten Berlins ein Grundstück, um darauf eine Kadettenanstalt zu errichten. Darauf wird ihm ein im Westen gelegenes Grundstück von A. als Geschenk angeboten; A. erklärt dabei, daß er mit dieser Zuwendung lediglich seinen angrenzenden Grundbesitz wertvoller zu machen beabsichtige, weil er auf die Entstehung einer Villenkolonie in der Nähe der Kadettenanstalt rechnet. Der Fiskus nimmt darauf das Grundstück an, ohne sich übrigens zur Erbauung der Kadettenanstalt auf dem Grundstück irgendwie zu verpflichten. Hier ist die Zuwendung A.'s geständlich eine Spekulation; dennoch ist sie Schenkung. — Das Gleiche gilt, wenn jemand unentgeltliche Zuwendungen macht, bloß um geadelt zu werden oder in der Beichte Absolution zu gewinnen.

f) Keine Schenkung ist die Leistung „auf Schuld", d. h. eine Zuwendung, die lediglich zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Denn diese Zuwendung ist entgeltlich: das Entgelt besteht darin, daß der Geber von seiner Verpflichtung befreit wird. So im Einzelfall selbst dann, wenn Leistung und Verbindlichkeit sich nicht decken (der Schuldner zahlt z. B. früher, oder er zahlt mehr, als er zu zahlen braucht) oder wenn die Verbindlichkeit verjährt war. Denn es kommt ja nicht darauf an, ob das dem Geber der Zuwendung zukommende Entgelt der Zuwendung wirklich gleichwertig ist, sondern nur darauf, ob der Geber oder der Empfänger es für gleichwertig halten. Hiernach kann unter Umständen sogar die Erfüllung einer „bloß sittlichen", aber nicht rechtsverbindlichen Verpflichtung als entgeltlich und somit als Nichtschenkung erscheinen.[10])

So ist z. B. die Bezahlung einer Spielschuld, die mehr als pflichtmäßige Ausstattung der Tochter durch den Vater, die Entrichtung der üblichen Trinkgelder in den Wirtschaften (regelmäßig) keine Schenkung.[11]) — Dagegen kann die Bezahlung einer fremden Schuld Schenkung sein, sowohl an den Schuldner, wie auch, wenn der Schuldner mittellos ist, an den Gläubiger.

Die Sicherstellung einer Schuld ist Schenkung nur dann, wenn sie von einem anderen als dem Schuldner erfolgt und der Schuldner selbst zahlungsunfähig ist; denn nur in diesem Falle macht die Sicherstellung den Geber ärmer, den Empfänger reicher.[12]) Unter den gleichen Voraussetzungen ist auch der Verzicht des Gläubigers auf eine bestellte Sicherheit Schenkung. Auf Hypotheken und Grundschulden finden diese beiden Regeln aber nur insoweit Anwendung, als jene nicht selbständige Rechte, sondern bloße Sicherungsmittel sind.[13])

g) Die Schenkung muß vom Empfänger angenommen sein, stellt also, was im gemeinen Rechte sehr bestritten war[14]), einen Vertrag dar. So auch dann, wenn ihr eine Zuwendung zu Grunde liegt, welche an und für sich der

---

9) Siehe z. B. Windscheid § 365[4], Bekker 2 S. 181 IV.

10) Siehe mein Anfechtungsrecht der Gläubiger (84) S. 150. Übereinstimmend Endemann § 164[15].

11) Siehe BGB. 1624. 12) Siehe oben S. 480 Abs. 2.

13) Bekker 2 S. 179. Näheres unten im Hypothekenrecht.

14) Bekker 2 S. 182. Dagegen verlangen die Annahme gleichfalls: Pr. LR. I, 11 § 1058, c. c. 932; keine Annahme fordert sächs. b. GB. 1054.

Annahme seitens des Bedachten nicht bedarf. Der häufigste hierher gehörige Fall ist, daß jemand, um einen Anderen zu bereichern, dessen Schulden bezahlt: diese Zuwendung ist auch dann rechtswirksam, d. h. sie befreit den Schuldner von seinen Verpflichtungen, wenn sie von dem Schuldner nicht angenommen ist[15]), sie ist aber alsdann im Rechtssinn keine „Schenkung“. — Die rechtliche Behandlung einer derartigen dem Empfänger ohne seinen Willen aufgedrungenen Zuwendung ist schwierig. Denn es fragt sich erstlich: kann der Empfänger die ihm aufgenötigte Bereicherung aus freien Stücken an den eigenmächtigen Spender zurückgeben, derart, daß der Spender, wenn er die Rücknahme verweigert, in Annahmeverzug gerät; zweitens: kann der Empfänger zur Herausgabe der von ihm nicht angenommenen Bereicherung von dem Spender gezwungen werden? Das Gesetz bejaht die erste Frage (stillschweigend) unter der Voraussetzung, daß der Empfänger die Zuwendung nicht nachträglich angenommen hat; die zweite Frage bejaht es dagegen nur unter der Voraussetzung, daß der Empfänger die Zuwendung ausdrücklich abgelehnt hat. So besteht also, solange der Empfänger weder annimmt noch ablehnt, ein Schwebezustand. Der Spender kann diesen Zustand dadurch beseitigen, daß er den Empfänger unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordert; giebt der Empfänger binnen der Frist eine Erklärung nicht ab, so gilt die Schenkung als angenommen.[16])

Dagegen gehören nicht hierher die oben S. 478 a genannten, nichtrechtsgeschäftlichen Vorgänge: denn sie sind, solange der durch sie Begünstigte seine Einwilligung nicht erklärt, nicht nur keine Schenkungen, sondern nicht einmal Zuwendungen.[17])

h) Sehr häufig kommen Schenkungen durch Mittelspersonen vor. Diese geben zu Zweifeln keine Veranlassung, wenn der Mittelsmann im Namen seines Auftraggebers handelt. Nicht selten tritt der Mittelsmann aber in eigenem Namen auf: eine Ehefrau will z. B. ein ihrem Gatten gehöriges Haus ihrem Bruder schenken und kauft deshalb das Haus dem Gatten ab, worauf letzterer es in eigenem Namen dem Bruder aufläßt. Dann ist zu unterscheiden. I. Der Mittelsmann erklärt, das Geschenk für eigene Rechnung zu geben, und der Empfänger nimmt das Geschenk in dieser Art an. Dann ist er selber Geschenkgeber. Allerdings wird er dabei nicht ärmer, weil er ja die Mittel zur Ausführung des Geschenks vom Auftraggeber erhält. Diese Thatsache geht aber den Empfänger der Schenkung nichts an. Gleichgültig ist dabei, ob der Auftraggeber mit diesem Auftreten des Mittelsmanns einverstanden ist, weil er als Spender nicht bekannt werden will, oder ob der Mittelsmann den Auftraggeber eigenmächtig verschweigt. II. Der Mittelsmann erklärt, das Geschenk für Rechnung des Auftraggebers zu geben, und der Empfänger nimmt das Geschenk in dieser Art an. Dann ist Schenker der Auftraggeber. Der Mittelsmann aber ist bloßer Stellvertreter. Denn sein Auftreten in eigenem Namen betrifft nur die Vollziehung, nicht den Abschluß der Schenkung; letzteren bewirkt er dagegen im Namen des Auftraggebers. Hier ist aber vorausgesetzt, daß der Auftraggeber mit dem Verhalten des Mittelsmannes einverstanden war; war er es nicht, so kommt die Schenkung überhaupt nicht zustande.

i) Vergleicht man den Schenkungsbegriff des BGB.'s mit dem des bisherigen Rechts, so ergeben sich manche Verschiedenheiten. Doch betreffen sie durchweg zweifelhafte oder streitige Punkte.[17]) Eine *wesentliche* Abweichung liegt nirgends vor.

---

15) Siehe oben S. 353 b. 16) BGB. 516 Abs. 2.
17) Siehe oben S. 478 a. 18) Siehe oben bei Anm. 4, 7—9, 14.

2. Den wichtigsten Gegensatz zu den Schenkungen bilden die entgeltlichen Rechtsgeschäfte. Doch hat unsere Entwickelung des Schenkungsbegriffs gezeigt, daß es auch unentgeltliche Rechtsgeschäfte giebt, die im Gegensatz zu den Schenkungen[19]) stehen. Die Schenkung ist also nur eine Art der unentgeltlichen Geschäfte.

3. Eine alte Streitfrage ist, ob die Schenkung ein obligatorisches Rechtsgeschäft sei und deshalb systematisch bei den Forderungsrechten dargestellt werden müsse[20]), oder ob es auch Schenkungen ohne obligatorischen Charakter gäbe und die Lehre von den Schenkungen deshalb dem allgemeinen Teile des Privatrechtssystems zuzuweisen sei.[21]) Das BGB. schließt sich mit Recht der ersteren Methode an. Man wirft freilich ein, daß bei Schenkungen, die sofort durch die That ausgeführt werden, z. B. bei dem schenkungsweisen Erlasse einer Forderung, eine Verpflichtung des Schenkers nicht vorhanden sei. Das trifft aber nicht zu. Denn in jedem Falle verpflichtet sich der Schenker, den Gegenstand seiner Zuwendung dem Empfänger zu lassen; gesetzt also z. B., daß die Forderung, noch ehe der Gläubiger auf sie verzichtete, von einem Bevollmächtigten des Schuldners an einen Bevollmächtigten des Gläubigers bezahlt worden ist, ohne daß Gläubiger und Schuldner das wußten, so muß der Gläubiger das Empfangene dem Schuldner herauszahlen.

II. Gegenstand einer Schenkung können nicht bloß Sachen sein, sondern auch Rechte, andere unkörperliche Güter, ganze Güterinbegriffe.[22])

III. Abschluß des Schenkungsvertrages.

1. Der Schenkungsvertrag ist von jeher ein Formalvertrag gewesen. Im altdeutschen Rechte war dies freilich keine Besonderheit; denn hier waren ja auch alle übrigen Verträge einem strengen Formzwang unterworfen. Vielmehr tritt der Formalismus als eine Eigentümlichkeit der Schenkungen erst hervor, seitdem dank der Rezeption für die übrigen Verträge der Formzwang mehr oder minder beseitigt worden ist. Doch wird der Formalismus nicht auf alle Schenkungen bezogen; vielmehr wird zwischen formfreien und formbedürftigen Schenkungen unterschieden.

a) Das gemeine Recht und das sächsische Gesetzbuch unterscheidet im Anschluß an das justinianeische Recht nach dem Werte des Schenkungsgegenstandes: kleine Schenkungen sind formfrei, große formbedürftig; maßgebende Form ist die gerichtliche Beurkundung der Erklärung des Geschenkgebers; die Wertgrenze beträgt gemeinrechtlich 4666,67, in Sachsen 3000 Mk.[23])

b) Anders unterscheidet das preußische Landrecht und die französische Praxis[24]): nicht auf den Wert des Schenkungsgegenstandes soll es ankommen, sondern darauf, ob die Schenkung vom Geschenkgeber thatsächlich vollzogen oder ob die Vollziehung erst für die Zukunft versprochen ist; die vollzogene Schenkung ist formfrei, das auf die Zukunft gestellte Schenkungsversprechen ist formbedürftig: maßgebende Form ist im preußischen Rechte die Errichtung

19) Siehe oben S. 479 b, c. 20) Dafür z. B. Windscheid § 365[18].

21) Dafür z. B. Bekker 2 S. 176.

22) Schenkung eines Vermögens s. unten bei Anm. 29.

23) Dernb. 2 § 108[4]; sächs. b. GB. 1056.

24) Pr. LR. I, 11 § 1063 flg.; c. c. 931; Mot. 2 S. 292.

einer gerichtlichen, im französischen Rechte die Errichtung einer notariellen Urkunde über das Schenkungsversprechen.

c) Das bürgerliche Gesetzbuch schließt sich der preußisch-französischen Regel mit der Maßgabe an, daß es dem Geschenkgeber die Wahl zwischen einer gerichtlichen oder einer notariellen Beurkundung seines Versprechens läßt.

Doch können die Landesgesetze dieses Wahlrecht beseitigen und die gerichtliche oder die notarielle Beurkundung ausschließlich vorschreiben.[25]) Diese Vorschrift bezieht sich gemäß EG. 3 auch auf die schon jetzt geltenden Landesgesetze. Danach muß die Beurkundung des Schenkungsversprechens im Gebiete des preußischen Landrechts auch nach 1900 ausschließlich gerichtlich, im Gebiete des französischen Rechts ausschließlich notariell erfolgen. Ja im Gebiete des gemeinen und sächsischen Rechts wird das Ergebnis sein, daß Schenkungsversprechen über 4667 bezw. 3000 Mk. nur gerichtlich, kleinere Schenkungsversprechen dagegen auch notariell beurkundet werden dürfen.[26]) Hoffentlich werden wenigstens für das gemeine Recht die Landesgesetze auf dies seltsame Privileg verzichten.

2. Der Gedanke, welcher der Formvorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches zu Grunde liegt, ist der folgende. Die Schenkung ist kein wirtschaftliches Geschäft, wie Kauf, Miete und dgl., sondern von zarterer Beschaffenheit. Deshalb gehört ein Streit über die Erfüllung der Schenkung nicht vor die Gerichte, sowenig wie ein Streit über die Bezahlung eines Spielgewinnes. Es wird also einerseits, solange die Schenkung noch nicht vollzogen ist, dem Beschenkten die Klage auf Vollziehung, andererseits, wenn die Schenkung vollzogen ist, dem Schenker die Klage auf Rückgewähr des Geschenkten versagt. Nur wenn die Schenkung in gerichtlicher oder notarieller Form erklärt ist büßt sie die ihr sonst eigene Zartheit ein, und eine Klage des Beschenkten auf Erfüllung der Schenkung wird gerechtfertigt. — Übrigens hat die Formvorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches noch weitere Vorzüge: bei einer thatsächlich noch nicht vollzogenen Schenkung ist die Gefahr einer Übereilung des Geschenkgebers groß; denn auch, wer recht vorsichtig ist, wenn er „heute“ handelt, ist oft genug leichtsinnig, wenn er etwas „für morgen“ verspricht; auch ist es bei einer erst in Zukunft zu erfüllenden Schenkung nicht selten schwierig festzustellen, ob sie von dem Schenker wirklich in der Absicht, sich rechtlich zu verpflichten, zugesagt ist. Nach beiden Richtungen hin schneidet die Formalisierung der unvollzogenen Schenkung jedes Bedenken ab.

3. a) Wann eine Schenkung als vollzogen gilt und deshalb der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung entbehren kann, hängt von der Art des Schenkungsgegenstandes ab. So müssen z. B. bewegliche Sachen dem Beschenkten übergeben werden; doch genügt auch der Abschluß eines Besitzvertretungsvertrages und jedes andere als „Ersatz“ der Übergabe geltende Rechtsgeschäft.[27]) Bei Grundstücken ist die Auflassung erforderlich; Übergabe ist weder nötig noch genügend. Wird eine Forderung verschenkt, so ist sie abzu-

25) BGB. 518, EG. 141.
26) Weißler, D.Jur.Ztg. 2 S. 462. Abw. Eck ebenda 3 S. 16.
27) Siehe oben S. 396, 6.

treten. Soll eine Forderung schenkweise erlassen werden, so ist die Schenkung schon durch den Abschluß des Erlaßvertrages vollzogen u. s. w.

Über Anweisungen, reine Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse, die schenkungsweise erfolgen, s. unten §§ 151, 161, 162.

Ist eine formlose Schenkung nur teilweise vollzogen, so ist sie auch nur teilweise gültig. Beispiel. A. schenkt dem B. mündlich ein Landhaus samt dem darin befindlichen Mobiliar, läßt darauf das Haus dem B. auf, verweigert aber, weil er B. nicht dankbar genug findet, die Übergabe. Die Schenkung ist bezüglich des Hauses vollzogen; B. kann also zwar nicht auf eigentliche Übergabe, wohl aber kraft seines durch die Auflassung erworbenen Eigentums auf Herausgabe des Hauses gegen A. klagen; dagegen kann er die Herausgabe des Mobiliars, soweit es nicht als Zubehör des Hauses anzusehen ist, nicht fordern.

b) Gleichgültig ist, ob die Vollziehung der Schenkung sofort erfolgt, ohne daß ihr ein Schenkungsversprechen vorausgeht, oder ob sie nachträglich in Erfüllung eines vorausgehenden Schenkungsversprechens geschieht. Deshalb kann der Schenker, wenn er sein formloses Schenkungsversprechen in der irrtümlichen Meinung erfüllt, er sei dazu verpflichtet, das Geleistete nicht zurückfordern; denn eben dadurch, daß er erfüllt hat, ist ja die Schenkung vollgültig geworden.

4. Bei der nicht vollzogenen Schenkung ist bloß das Schenkungsversprechen amtlich zu beurkunden; dagegen kann die Annahmeerklärung des Beschenkten auch formlos, ja sogar stillschweigend [28]) erfolgen. Nur wenn es sich um die Schenkung eines Grundstücks, eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft handelt, ist die Errichtung einer zweiseitigen, also nicht bloß das Schenkungsversprechen, sondern auch die Annahmeerklärung des Beschenkten umfassenden Urkunde erforderlich. [29])

5. a) Die persönliche Fähigkeit zum Abschluß von Schenkungsverträgen bestimmt sich nach allgemeinen Regeln. [29a]) Das gemeinrechtliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten [30]) ist nach dem Vorgange des preußischen Landrechts beseitigt.

b) Ein Schenkungsvertrag kann auch durch Bevollmächtigte abgeschlossen werden. Dagegen können die gesetzlichen Vertreter geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen Schenkungen namens ihrer Mündel nicht vornehmen. [31])

IV. Rechtsverhältnis zwischen Schenker und Beschenktem.

1. a) Die Schenkung zählt nicht zu den gegenseitigen Verträgen. Denn meistens verpflichtet sie den Beschenkten garnicht, sondern begründet eine streng einseitige Verpflichtung des Schenkers. Bringt sie aber ausnahmsweise Verpflichtungen des Beschenkten mit sich, wie bei der Schenkung unter einer Auflage, [32]) so wird die dem Beschenkten obliegende Leistung doch nicht gegen die

---

28) Siehe auch oben S. 482[16].

29) BGB. 313, 310, 312 Abs. 2, 2385, 2371. Ebenso auch gemäß RGes. v. 20. 4. 92 § 15 (Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschr. Haftung).

29a) Siehe aber oben § 32.

30) Windscheid 2 § 509. Ebenso c. c. 1096, sächs. b. GB. 1647.

31) BGB. 1641, 1804. Siehe ferner BGB. 1446, 2113 (Ehemann, Vorerbe).

32) Siehe unten S. 488.

Leistung des Schenkers „ausgetauscht"; das Schuldverhältnis der Parteien ist also ein „unvollkommen zweiseitiges". [33])

Eine Verpflichtung, die dem Beschenkten von Gesetzes wegen obliegt, giebt es überhaupt nicht, wenn wir nicht etwa die Verpflichtung, das Geschenk u. U. zurückzugeben (unten zu Nr. 3, 4) hierher rechnen wollen. Selbst die Kosten der Schenkung (Stempel, Notariatsgebühr, Versendungskosten u. s. w.) treffen den Beschenkten nur nach Maßgabe der zwischen den Parteien getroffenen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Vereinbarung.

b) Die Frage, wen die Gefahr der Schenkung trifft, kann in dem Sinne, wie wir diese Frage bei den sonstigen Verträgen erörtert haben, nur bei der Schenkung unter einer Auflage aufgeworfen werden. Die Antwort ist hier: die Gefahr trifft den Schenker; wenn dieser durch einen Zufall an der Erfüllung seiner Schenkerpflichten verhindert ist, ist auch der Beschenkte von der Vollziehung der Auflage befreit.[34])

2. Die Verpflichtungen des Schenkers sind je nach der Art der Zuwendung sehr verschieden. Doch ist seine Haftung im allgemeinen eine milde und hebt sich scharf z. B. von der Haftung des Verkäufers ab.

a) Demgemäß hat der Schenker nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. [35]) Er ist also, wenn er sich die Erfüllung seines Schenkungsversprechens schuldhaft unmöglich macht, z. B. die verschenkte Sache verderben läßt oder wenn er gar schuldhaft eine von vornherein unmögliche Leistung verspricht, dennoch haftfrei, sofern sein Verschulden nur ein geringes ist. Auch gerät er nur dann in Verzug, wenn er die rechtzeitige Erfüllung der Schenkung vorsätzlich oder grobfahrlässig unterläßt. Ist er aber einmal in Verzug geraten, so haftet er fortab auch für geringe Fahrlässigkeit. [36])

b) Der in Verzug geratene Schenker ist wie jeder andere Schuldner zu Schadensersatz verpflichtet. [37]) Dagegen braucht er keine Verzugszinsen zu zahlen. [38])

Das will besagen: der Beschenkte kann bei einer Geldschenkung zwar den ihm im Einzelfall durch den Verzug des Schenkers erwachsenen Schaden, nicht aber gerade den tarifmäßigen Satz von 4% der rückständigen Geldsumme zur Erstattung liquidieren. Für Prozeßzinsen haftet dagegen der Schenker wie jeder andere Schuldner.

c) Der Schenker verspricht und leistet den Schenkungsgegenstand „ohne Gewähr". Er steht also weder für Mängel „im Recht" noch für thatsächliche Mängel des Schenkungsgegenstandes ein. Anders nur, wenn er die Mängel arglistig verschwiegen hat [39]); aber selbst in diesem Falle haftet er nicht etwa auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Schenkungsversprechens, also namentlich nicht auf den vollen Wert, den der Schenkungsgegenstand ohne jene Mängel gehabt haben würde; vielmehr braucht er bloß den Schaden zu ersetzen, der dem Beschenkten gerade durch die arglistige Verschweigung des Mangels erwachsen ist. [40])

---

33) Siehe oben S. 299. 34) BGB. 525 Abs. 1.
35) BGB. 521. 36) BGB. 287. Milder Pr. LR. I, 11 § 1078.
37) Abw. Pr. LR. I, 11 § 1078. 38) BGB. 522.
39) BGB. 523 Abs. 1, 524 Abs. 1.
40) Planck Anm. 1a zu § 523 und 2 zu § 524.

Beispiel. A. verschenkt eine ihm wider B. zustehende Forderung von 1000 Mk. an C., indem er arglistig verschweigt, daß die Forderung bereits verjährt ist; C. verklagt darauf den B., wird abgewiesen und muß 88 Mk. Prozeßkosten bezahlen. A. muß ihm diese 88 Mk., nicht aber den vollen Wert der unverjährten Forderung mit 1000 Mk. erstatten.

d) Eine Ausnahme von der Regel zu c gilt, wenn der Schuldner in der Schenkungsurkunde erklärt, daß er den Schenkungsgegenstand zur Zeit noch nicht im Besitze habe, sondern erst zu gunsten des Beschenkten erwerben wolle. Alsdann steht er nämlich für Mängel „im Rechte" und für thatsächliche Mängel nicht bloß im Falle der Arglist, sondern schon bei grobem Verschulden ein und auch der Umfang des von ihm zu leistenden Schadensersatzes wird wesentlich erhöht.[41])

Einzelheiten. I. Die ausnahmsweise Verschärfung der Haftpflicht des Schenkers gilt in Ansehung „thatsächlicher" Mängel nur bei solchen Sachen, die der Schenker bloß der Gattung nach bestimmt hatte; in Ansehung von Mängeln „im Rechte" gilt sie dagegen bei allen Schenkungsgegenständen, also auch bei individuell bestimmten. II. Die Verschärfung soll Platz greifen, wenn der Mangel „im Recht" oder der thatsächliche Mangel dem Schenker „bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist". Diese Regel ist offenbar falsch formuliert; soweit sie Mängel „im Recht" betrifft (§ 523). Denn erstlich hätte hier nicht bloß von dem Erwerbe einer „Sache", sondern allgemeiner von dem Erwerbe eines „Gegenstandes" gesprochen werden müssen, da Mängel „im Recht" auch bei Nichtsachen, z. B. bei Forderungen, vorkommen können. Zweitens aber kann die Haftpflicht des Schenkers unmöglich allein von seiner Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis zur Zeit des Erwerbes des Schenkungsgegenstandes abhängen; die gegenteilige Ansicht ist wenigstens bei individuell bestimmten Schenkungsgegenständen schlechterdings unhaltbar.[42]) III. Die Verschärfung des **Umfangs** der Haftpflicht besteht bei Mängeln „im Recht" darin, daß der Schenker dem Beschenkten „Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Schenkungsversprechens", also regelmäßig den vollen Wert, den der Schenkungsgegenstand ohne den Mangel für den Beschenkten gehabt haben würde, vergüten muß. Bei „thatsächlichen" Mängeln gilt dies dagegen nur, wenn sie vom Schenker arglistig verschwiegen sind; andernfalls muß der Beschenkte sich damit begnügen, daß ihm der Schenker an Stelle des mangelhaften ein mangelfreies Stück liefert. — Im übrigen wird die verschärfte Haftpflicht des Schenkers ähnlich wie die Haftpflicht des Verkäufers behandelt, z. B. was die Verjährung der Ansprüche des Beschenkten wegen thatsächlicher Mängel der geschenkten Sache betrifft; nur die Regel, daß der Verkäufer den Kaufgegenstand auch frei von solchen Hypotheken, Pfandrechten u. dgl. liefern muß, die der Käufer beim Kaufabschluß gekannt hat, ist auf den Schenker nicht übertragen.

e) Eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung gilt im Zweifel nur für die beiderseitige Lebenszeit, hört also nicht bloß mit dem Tode des Beschenkten, sondern auch mit dem Tode des Schenkers auf.[42a])

f) Im Konkurse des Schenkers kann der Beschenkte Ansprüche aus der Schenkung nicht geltend machen.[43])

g) Die Regel zu f ist zwingenden Rechts. Dagegen können die Regeln zu a—e vertragsmäßig abgeändert werden. Die Abänderung bedarf aber, soweit sie dem Schenker ungünstig ist, gerichtlicher oder notarieller Beurkundung; wenn also A. dem B. eine Uhrkette schenkt und übergiebt und dabei ausdrücklich gewährleistet, daß die Kette massiv golden sei, so ist zwar die Schenkung als solche, weil sie thatsächlich vollzogen ist, gültig, die Gewährleistung hingegen ist nichtig.

3. Eigentümlich wird das Rechtsverhältnis zwischen Schenker und Beschenktem

---

41) BGB. 523 Abs. 2, 524 Abs. 2. 42) Schollmeyer S. 28.
42a) BGB. 520. 43) KonkOrdn. 63 Nr. 4.

geordnet, wenn der Schenker sich in dürftiger Lage befindet. Schon das gemeine Recht giebt nämlich dem bedürftigen Schenker die Befugnis, die Erfüllung der noch nicht vollzogenen Schenkung insoweit zu verweigern, als er sonst die Mittel zu seinem notdürftigen Unterhalt einbüßen würde (benef. competentiae); das preußische Recht nötigt zwar den bedürftigen Schenker zur Vollziehung der Schenkung, verpflichtet aber dafür den Beschenkten, dem Schenker standesgemäßen Unterhalt zu gewähren; das französische Recht endlich gestattet dem bedürftigen Schenker, die vollzogene oder nicht vollzogene Schenkung zu widerrufen, wenn der Beschenkte ihm nicht freiwillig Alimente anbietet.[44]) In Anknüpfung an diese verschiedenen Regeln bestimmt nunmehr das bürgerliche Gesetzbuch, daß der Schenker, insoweit er mit seinen sonstigen Mitteln seiner und seiner Angehörigen standesmäßigen Unterhalt nicht zu bestreiten vermag, erstlich bei noch nicht vollzogener Schenkung die Erfüllung verweigern, zweitens bei vollzogener Schenkung die Rückgabe des Geschenks fordern darf.[45])

Beide Bestimmungen des BGB.'s hängen offenbar aufs engste zusammen; dennoch sind sie im einzelnen recht verschieden.

a) Die Erfüllung der noch nicht vollzogenen Schenkung kann auch von den Erben des Schenkers und gegenüber den Erben des Beschenkten verweigert werden. Dagegen ist das Recht, das bereits vollzogene Geschenk zurückzufordern, grundsätzlich[46]) sowohl aktiv wie passiv unvererblich.

b) Bei nicht vollzogener Schenkung ist auf den Bedarf aller Personen Rücksicht zu nehmen, die der Schenker zu unterhalten gesetzlich verpflichtet ist, bei vollzogener Schenkung nur auf den Bedarf der „Verwandten“ und des jetzigen oder vormaligen Ehegatten; dort kommt also auch die Verpflichtung des Vaters zur Unterhaltung seiner unehelichen Kinder in Betracht, hier nicht. Auch genügt es bei nicht vollzogener Schenkung schon, daß der Unterhalt des Schenkers und der von ihm zu unterhaltenden Personen „gefährdet“ ist, während bei vollzogener Schenkung die „Unmöglichkeit“ feststehen muß, diesen Unterhalt zu beschaffen.

c) Das Rückforderungsrecht bei vollzogener Schenkung ist ausgeschlossen 1) wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat; 2) wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind; 3) wenn der Beschenkte in ähnlicher Lage ist wie der Schenker d. h. bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen durch Rückgabe des Geschenks seinen eigenen standesmäßigen Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltungspflichten gefährden würde.[47])

d) Bei vollzogener Schenkung haftet der Beschenkte auf Rückgabe nur soweit, als er durch das Geschenk noch jetzt bereichert ist.[48])

e) Bei vollzogener Schenkung kann der Beschenkte die Verpflichtung, das Geschenk zurückzugeben, durch eine dem Unterhaltsbedarf des Schenkers entsprechende Geldrente ablösen.[49]) Damit ist die preußische Regel, nach welcher der Schenker eine Geldrente fordern darf, der Beschenkte sich aber von dieser Rentenschuld durch Rückgabe des Geschenkes befreien darf[50]), geradezu umgedreht; gestrichen ist die preußische Regel[51]), welche die Geldrente auf jährlich 6% vom Werte tarifiert.

---

44) Windscheid § 366[5]; Pr. LR. I, 11 § 1123; c. c. 955.

45) BGB. 519, 528.

46) Die Ausnahmen von dieser Regel siehe im BGB. 1615, 1613, 760 Abs. 3.

47) BGB. 529. 48) BGB. 528, 818 Abs. 3.

49) BGB. 528. 50) Pr. LR. I, 11 § 1126.

51) Pr. LR. I, 11 § 1123.

f) Sowohl bei nicht vollzogener wie bei vollzogener Schenkung gelten folgende drei Regeln: 1) Bei mehrfachen Schenkungen des nämlichen Schenkers geht die älteste vor; der bedürftige Schenker darf also von mehreren unvollzogenen Schenkungen zunächst nur die Erfüllung der jüngsten verweigern, von mehreren vollzogenen Schenkungen zunächst nur die jüngste zurückfordern[52]); ist dagegen eine der Schenkungen bereits vollzogen, die anderen nicht, so muß er zunächst die Erfüllung der letzteren verweigern, ehe er die erstere zurückfordern darf, mag auch die erstere Schenkung die jüngere sein.[53]) 2. Gleichgültig ist es, ob der Schenker schon bei Vornahme der Schenkung in bedürftiger Lage war oder erst später darein geraten ist. 3. Der Schenker kann auf seine Befugnisse nicht verzichten.

4. Schenkungen können, wenn der Schenker zahlungsunfähig ist oder zahlungsunfähig wird, von seinem Konkursverwalter oder seinen Gläubigern angefochten werden.[54]) Sie können ferner ganz oder teilweise rückgängig gemacht werden: vom Schenker selbst, wie schon erwähnt, wenn er sich in dürftigen Verhältnissen befindet, von seinen Angehörigen, wenn ihre Pflichtteilsrechte durch die Schenkungen beeinträchtigt werden.[55]) Sie können endlich in folgenden Fällen widerrufen werden.[56])

a) Wenn der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder dessen nahe Angehörige sich eines groben Undanks schuldig macht.[57]) Eine kasuistische Aufzählung der den Widerruf begründenden Handlungen wird, abweichend von den bisherigen Gesetzen[58]), nicht versucht; vielmehr entscheidet im Streitfalle das richterliche Ermessen frei; eine leichte Beleidigung, die Anstrengung eines unbegründeten Prozesses, die Verweigerung einer Beihülfe in Zeiten der Not oder Gefahr wird regelmäßig nicht genügen, wohl aber eine schwere Beschimpfung, eine erhebliche Körperverletzung, ein Erpressungsversuch und dgl.

α) Der Widerruf kann nur vom Schenker persönlich oder von einem mit gehöriger Vertretungsmacht ausgerüsteten Stellvertreter erklärt werden. Die Erben des Schenkers haben dagegen ein Widerrufsrecht nicht, es sei denn, daß der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder am Widerrufe gehindert hat[59]); hat aber der Schenker oder sein Stellvertreter den Widerruf erklärt, so geht das Recht auf Rückforderung der Schenkung unbeschränkt auf die Erben über.

β) Der Widerruf geschieht durch eine formlose Erklärung gegenüber dem Beschenkten. Der Angabe des Grundes bedarf es nicht.[60])

γ) Der Widerruf ist ausgeschlossen: 1. wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat; 2. wenn seit dem Zeitpunkt, in dem der Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechts Kenntnis erlangt hat, ein Jahr verstrichen ist; 3. wenn der Beschenkte gestorben ist; 4. wenn der

52) BGB. 519 Abs. 2; 528 Abs. 2. 53) Vgl. Schollmeyer S. 30.
54) RGes. v. 21. 7. 79 § 3 Nr. 3, 4. KonkOrdn. 32.
55) BGB. 2329. 56) Pollack, Schenkungswiderruf (86).
57) BGB. 530.
58) Windscheid § 367[16]; Pr. LR. I, 11 § 1152 flg.; c. c. 955; sächs. b. GB. 1059.
59) BGB. 530 Abs. 2. 60) BGB. 531 Abs. 1.

Widerrufsberechtigte auf sein Recht verzichtet hat, was aber erst zulässig, wenn der Undank ihm bekannt geworden ist.[61])

Verzeihung des Undanks und Verzicht auf das Widerrufsrecht sind nicht völlig identisch. Denn die Verzeihung steht nur dem Schenker, der Verzicht steht auch seinen Stellvertretern und Erben zu; die Verzeihung geschieht durch eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Kundgebung, der Verzicht kann dagegen nur vertragsmäßig erfolgen u. s. w.

δ) Ist der Widerruf erklärt, so muß der Beschenkte das Geschenk nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben.[62])

b) Ein ferneres Widerrufsrecht besteht bei Schenkungen unter Verlobten und Ehegatten, wenn das Verlöbnis aufgelöst oder die Ehe geschieden oder für nichtig erklärt wird.[63])

c) Nicht übernommen hat das BGB. aus der bisherigen Gesetzgebung: das willkürliche Widerrufsrecht des Schenkers bei allen außergerichtlich abgeschlossenen Schenkungsverträgen innerhalb der ersten 6 Monate nach der Vollziehung (Pr. LR. I, 11 § 1090); das Widerrufsrecht bei allen Schenkungen, die mehr als die Hälfte des Vermögens des Schenkers ausmachen, innerhalb der ersten 3 Jahre (Pr. LR. I, 11 § 1091 flg.); das Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder (Pr. LR. I, 11 § 1140 c. c. 960, gemeinrechtliche Praxis.[64])

Forts. Besondere Arten der Schenkung.

§ 140.

1. Schenkungen unter einer Auflage. Dies sind Schenkungen, bei welchen der Beschenkte irgend eine Leistung, sei es im Interesse des Schenkers oder eines Dritten, sei es im eigenen, sei es im öffentlichen Interesse, übernimmt.

Beispiele. A. hat von B. 20000 Mk. geschenkt bekommen mit der Auflage, dem B. 10 Jahre lang die Hälfte der Zinsen dieses Kapitals zu vergüten oder den Unterhalt von A.'s Schwester zu übernehmen oder sich zum Opernsänger auszubilden oder eine Volksbibliothek zu errichten.

a) Die vom Beschenkten übernommene Leistung darf kein Entgelt für die ihm gemachte Zuwendung darstellen; denn sonst wäre die Zuwendung keine Schenkung mehr; ihr Wert darf also von den Parteien dem Werte der Zuwendung nicht gleichgesetzt werden. Die Leistung des Beschenkten darf aber auch nicht der rechtlich maßgebende Zweck der Zuwendung in dem Sinne sein, daß Zuwendung und Auflageleistung gegen einander ausgetauscht würden[1]); denn sonst würde ja die Zuwendung zu einem gegenseitigen Vertrage werden und würde damit gleichfalls aufhören, Schenkung zu sein.

b) Demgemäß kann der Schenker die Erfüllung der Auflage nicht Zug um Zug gegen seine Zuwendung fordern, sondern erst nachträglich, nachdem er seinerseits bereits geleistet, also seine Zuwendung nicht bloß angeboten, sondern wirklich vollzogen hat.[2])

---

61) BGB. 532, 533. 62) BGB. 531 Abs. 2.
63) BGB. 1301, 1584, 1345. 64) Dernb. 2 § 108[15].
1) In dem oben S. 299 entwickelten Sinne. 2) BGB. 525 Abs. 1.

Doch wird der Beschenkte nicht erst durch die Vollziehung der Schenkung seitens des Schenkers [3]), sondern schon durch Annahme des Schenkungsversprechens zur Erfüllung der Auflage verpflichtet. Beispiel. A. hat seinem Bruder B. ein Geschenk von 10000 Mk. mit der Auflage versprochen, die väterliche von B. ererbte Münzensammlung nicht zu veräußern; B. nimmt das Versprechen A.s an, bricht aber die Auflage sofort. A. kann, auch wenn er die 10000 Mk. noch nicht gezahlt hat, die Sammlung gerichtlich mit Beschlag belegen lassen. [4])

Übrigens giebt es Fälle, in denen der Beschenkte eine eigentliche Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage gar nicht übernimmt; namentlich wird dies — zwar nicht ausnahmslos [5]), aber doch regelmäßig — der Fall sein, wenn die Auflage lediglich das eigene Interesse des Beschenkten verfolgt. [6]) Dennoch ist die Auflage auch in diesen Fällen rechtlich bedeutend; denn der Schenker kann, wenn die Auflage nicht erfüllt wird, wenigstens gemäß BGB. 527 Rückgabe des Geschenks fordern. [7])

c) Das Recht des Schenkers, Vollziehung der Auflage zu fordern, geht auf seine Erben über. Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse [8]), so kann nach dem Tode des Schenkers das Recht auch von der zuständigen Behörde geltend gemacht werden [9]); mit gutem Grunde; denn die Erben des Schenkers werden häufig keine Neigung haben, die gemeinnützigen Bestrebungen ihres Erblassers mit Eifer zu verfolgen. Liegt die Vollziehung im Interesse eines Dritten, so ist regelmäßig (neben dem Schenker und dessen Erben) auch der Dritte forderungsberechtigt. [10])

d) Die Absicht der Parteien ist, daß die Opfer, welche der Beschenkte zwecks Vollziehung der Auflage bringen muß, den Wert der Zuwendung nicht völlig verzehren oder gar überschreiten; denn wie wäre sonst die Zuwendung als Schenkung anzusehen? Ist nun, wenn diese Parteiabsicht den Thatsachen widerspricht, sei es, daß die Zuwendung weniger wert oder die Vollziehung der Auflage kostspieliger war als die Parteien annahmen, die Auflage entsprechend herabzusetzen? Das Gesetz verneint diese Frage grundsätzlich. [11]) Nur dann, wenn das Mißverhältnis des Werts von Zuwendung und Auflage durch einen M a n g e l der Zuwendung — sei es durch einen Mangel im Recht, sei es durch einen thatsächlichen Mangel der verschenkten Sache — verursacht ist, gilt eine Ausnahme. Der Beschenkte kann hier nämlich die Vollziehung der Auflage einfach solange verweigern, bis der Schenker den durch den Mangel entstandenen Fehlbetrag ausgleicht; hat er aber die Auflage bereits vollzogen, so kann er Ersatz für seine Aufwendungen insoweit fordern, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen; und zwar steht ihm ersteres Recht (Verweigerung der Vollziehung) selbst dann zu, wenn er bei Annahme der Schenkung den Mangel gekannt hat; letzteres Recht (Ersatz seiner Verwendungen) hat er dagegen nur, wenn er die Auflage in Unkenntnis des Mangels vollzog. [12])

e) Kommt der Beschenkte mit der Vollziehung der Auflage in Verzug, so kann der Schenker nicht bloß auf der Vollziehung (samt Schadensersatz wegen Verspätung) bestehen, sondern er kann auch — unter den Voraussetzungen, welche für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen gelten, also regelmäßig unter Bestimmung einer angemessenen Nachfrist — das Geschenk

3) Dies behauptet Endemann § 164, II. 1. 4) Siehe ZPO. 916 Abs. 2.
5) Abw. Endemann § 164[22]. 6) Siehe oben vor a das 3. Beispiel.
7) Siehe freilich unten bei Anm. 15.
8) Siehe oben vor a das letzte Beispiel.
9) BGB. 525 Abs. 2. 10) Siehe BGB. 330 Satz 2.
11) Abw. Endemann § 164[20], [21].
12) BGB. 526.

zurückfordern. Das gleiche Recht hat er auch dann, wenn die Vollziehung der Auflage durch ein Verschulden des Beschenkten unmöglich wird.[13])

Doch ist das Rückforderungsrecht zweifach beschränkt.[14]) I. Es gilt nur soweit, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Macht also die Auflage nur geringe Verwendungen nötig, so kann nur ein geringer Teil des Geschenkes, macht sie gar keine Verwendungen nötig, so kann das Geschenk überhaupt nicht zurückgefordert werden[15]); letzteres ist z. B. der Fall, wenn F. dem G. 1000 Mk. schenkt mit der Auflage, daß G. sich des Alkoholgenusses gänzlich enthalten müsse. II. Das Rückforderungsrecht fällt fort, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu fordern.

f) Im übrigen gelten für den Verzug des Beschenkten und für die Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage nicht die für gegenseitige, sondern die für einseitige oder unvollkommen zweiseitige Schuldverhältnisse geltenden Regeln. Der Schenker kann also Schadensersatz wegen Nichtvollziehung der Auflage erst dann fordern, wenn der Beschenkte zur Vollziehung rechtskräftig verurteilt ist und eine ihm gesetzte Nachfrist hat verstreichen lassen; vorher ist er nur berechtigt, Schadensersatz wegen verspäteter Vollziehung zu verlangen.[16]) Ferner kann er, wenn die Vollziehung der Auflage durch einen vom Beschenkten nicht zu vertretenden Umstand unmöglich wird, die Erfüllung seines eigenen Schenkungsversprechens nicht verweigern, geschweige denn die bereits vollzogene Schenkung widerrufen u. s. w.

g) Die Regeln zu b—f können durch Parteivereinbarung beliebig abgeändert werden. Namentlich ist eine Abrede zulässig, wonach die ganze Schenkung wirkungslos wird, wenn der Beschenkte die Vollziehung der Auflage schuldhaft oder schuldlos versäumt.

h) Von den Regeln zu b—f abgesehen, werden die Schenkungen unter einer Auflage gerade ebenso wie die anderen Schenkungen behandelt. Sie bedürfen also der nämlichen Form wie diese, der Schenker ist nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftbar (während der Beschenkte bei Vollziehung der Auflage auch für leichtes Verschulden einsteht), wegen Undanks des Beschenkten widerruflich u. s. w.

2. Schenkung in Verbindung mit einer Nichtschenkung.[17]) Hier kommen für die Schenkung, selbst wenn sie von der Nichtschenkung nicht getrennt werden kann, die gewöhnlichen Regeln zur Anwendung. Das Ergebnis kann alsdann sein, daß das ganze Rechtsgeschäft in Ermangelung gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des in ihm steckenden Schenkungsversprechens ungültig ist.[18]) Ebenso ist festzuhalten, daß der Geschenkgeber bei Erfüllung der aus dem Geschäft entspringenden Schenkerverpflichtungen nur für grobe, bei Erfüllung seiner sonstigen Verpflichtungen nur für leichte Fahrlässigkeit haftet u. s. w. Doch darf man nicht jede mit irgend einem entgeltlichen Rechtsgeschäft verbundene anscheinend unentgeltliche Zuwendung als Schenkung behandeln. Beispiele. I. Der Maler A. verspricht der Stadt M. ein fertiges Bild privatschriftlich als Geschenk; die Stadt nimmt das Geschenk an, falls A. das Bild in bestimmter Art umarbeiten wolle, und bewilligt ihm für die Umarbeitung ein Honorar von 1000 Mk. A. geht hierauf ein. Nachher nimmt er aber an dem Verhalten der Stadt Anstoß und liefert das Bild weder in der alten Gestalt noch umgearbeitet. Er ist im Recht. Denn seine Schenkung ist in Ermangelung der rechten Form unverbindlich, und der beigefügte entgeltliche Arbeitsvertrag ist von der Schenkung nicht zu trennen. II. A. verkauft der Stadt M. ein fertiges Bild für 5000 Mk. und verpflichtet sich zugleich, unentgeltlich einen passenden Rahmen zu liefern; hier liegt eine Schenkung überhaupt nicht vor, denn der Preis von 5000 Mk. gilt in Wahrheit einfach für Bild und Rahmen.

---

13) BGB. 527, 326, 325 Abs. 1. Das Gleiche gilt auch im Falle von BGB. 325 Abs. 2, 283.

14) BGB. 527. 15) Schollmeyer S. 33.

16) BGB. 283. 17) Mein Anfechtungsrecht (84) S. 140.

18) Siehe aber dazu BGB. 139.

3. Besonders ausgezeichnet sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Sie können nämlich wegen Dürftigkeit des Schenkers nicht zurückgefordert werden (während, solange sie noch nicht vollzogen sind, ihre Erfüllung, gerade wie die anderer Schenkungen, aus diesem Grunde verweigert werden darf). Ihr Widerruf wegen Undank des Beschenkten ist unzulässig. Sie können von den gesetzlichen Vertretern geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen gültig zugesagt werden.[19])

4. Ausgezeichnet sind ferner die Schenkungen von Todeswegen. Von ihnen ist aber erst im Erbrecht zu handeln.

5. Dagegen unterliegen die sog. belohnenden Schenkungen, die im gemeinen und namentlich im preußischen Rechte besonders geregelt sind[20]), dem gewöhnlichen Rechte der Schenkungen, es sei denn, daß sie unter die Gruppe 3 fallen.

VI. Die Leihe.

§ 141.

I. Begriff. Die Leihe (Kommodat) geht auf die unentgeltliche Überlassung des Gebrauchs einer Sache seitens des Verleihers an den Entleiher.[1]) Sie bildet also einen vollkommenen Gegensatz zur Miete. Das ist umsomehr zu betonen, als dieser Gegensatz dem täglichen Sprachgebrauche unbekannt ist; denn andernfalls müßte man z. B. nicht von Leih-, sondern von Mietbibliotheken sprechen.

Übrigens ist es mit dem Begriffe eines Leihgeschäfts durchaus vereinbar, daß der Entleiher sich zu gewissen Gegenleistungen an den Verleiher oder in dessen Interesse verpflichtet, z. B. daß er verspricht, das geliehene Pferd täglich zu „bewegen". Denn nicht jede Gegenleistung ist ein Entgelt.[2])

Zu der Schenkung steht die Leihe nicht in Gegensatz. Im Gegenteil giebt es Leihen, die zugleich Schenkungen sind, etwa die Leihe eines Wohnhauses auf 30 Jahre.[3])

II. Gegenstand der Leihe können nur Sachen sein, und zwar regelmäßig, wie bei der Miete, nur unverbrauchbare, z. B. Grundstücke, Bücher.

III. Für den Abschluß des Leihevertrages gelten die allgemeinen Regeln.[4]) Es ist also unrichtig, daß der Leihvertrag notwendig Realvertrag sei, d. h. erst durch die thatsächliche Übergabe der Leihsache seitens des Verleihers an den Entleiher zustande komme. Vielmehr können sich die Parteien über

---

19) BGB. 534, 1641, 1804. Siehe auch BGB. 2330, 2113, 1446.
20) Pr. LR. I, 11 § 1169 flg.
1) BGB. 598. 2) Abw. Planck Anm. 6 zu § 598.
3) Siehe oben S. 480 Abs. 4.
4) Außer wenn die Leihe eine Schenkung darstellt; s. oben S. 480 Abs. 4.

die zukünftige leihweise Hingabe einer Sache auch schon im voraus formlos rechtsverbindlich einigen; ein Grund, in dieser Einigung einen bloßen Vorvertrag über ein erst inskünftig durch thatsächliche Hingabe der Leihsache abzuschließendes Leihgeschäft zu sehen, ist nicht erfindlich.[5])

Die Römer haben das Kommodat allerdings ausschließlich als Realvertrag zugelassen. Diese mit dem römischen Kontraktensystem zusammenhängende Auffassung kann aber für uns nicht maßgebend sein. Wir haben die Leihe vielmehr nach Analogie der Miete zu behandeln. Daß aber der Mietvertrag notwendig Realvertrag sei und eine vor Übergabe der Mietsache getroffene Mietvereinbarung als bloßer Vorvertrag über einen erst mit der Übergabe abzuschließenden Mietvertrag gelten könne, hat doch noch niemand behauptet.

IV. Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher.

1. Die Leihe begründet ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis unter den Parteien.[6]) Demnach unterliegt sie den für gegenseitige Verträge geltenden Regeln nicht.

So kann z. B., wenn der Entleiher mit der Rückgabe der Leihsache in Verzug kommt, der Verleiher regelmäßig erst auf Grund eines rechtskräftigen Urteils Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen.[7])

2. Obschon Leihe und Miete Gegensätze sind, haben die Verpflichtungen des Verleihers und Entleihers doch die gleiche Richtung wie die des Vermieters und Mieters, natürlich von der Zinspflicht des letzteren abgesehen. Der Verleiher muß also dem Entleiher den Gebrauch der Leihsache ~~gewähren~~, der Entleiher dagegen muß die Sache sorgfältig behandeln und sie — also gerade das ihm geliehene Sachindividuum, nicht etwa ein anderes gleichartiges und gleichwertiges Stück — bei Beendigung der Leihe zurückgeben. Ferner: der Entleiher ist haftfrei, wenn die Sache bei ihm zufällig beschädigt wird oder verloren geht: die Gefahr der Sache hat also der Verleiher zu tragen; der Entleiher darf die Sache keinem Dritten zum Gebrauch überlassen[8]); der Anspruch des Verleihers auf Rückgabe der Sache gilt im Konkurse des Entleihers als Aussonderungsrecht; die gegenseitigen Ersatzansprüche der Parteien verjähren in der gleichen Frist, wie bei der Miete[9]) u. s. w. Andererseits ist aber das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher von dem zwischen Vermieter und Mieter auch wieder erheblich verschieden.

a) Das Rechtsverhältnis ist rein obligatorischer Art. Dingliche Wirkungen erzeugt es nicht: weder hat der Entleiher ein dingliches Recht an der Leihsache noch der Verleiher ein Pfandrecht an den Sachen des Entleihers.

b) Der Verleiher haftet milder als ein Vermieter. Insbesondere braucht er, wie ein Geschenkgeber, nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten[10]); für Mängel im Recht und für Fehler der Leihsache haftet er sogar nur dann, wenn er sie arglistig verschwiegen hat, und steht auch in diesem Falle nur für

---

5) Abw. Endemann § 183¹. 6) Siehe oben S. 299.
7) Siehe oben S. 346 b. 8) BGB. 603.
9) BGB. 606. 10) BGB. 599.

den Schaden ein, der dem Entleiher gerade durch sein Schweigen entstanden ist.[11] Auch braucht er für die Instandhaltung der Sache nicht zu sorgen.

Allerdings ist, wie gleich zu zeigen, auch der Entleiher zur Instandhaltung der Sache nur beschränkt verpflichtet; daraus folgt aber nicht, daß das, was der Entleiher für die Sache nicht zu leisten braucht, der Verleiher leisten müßte; vielmehr steht es dem Verleiher frei, die Sache verkommen zu lassen.

c) Umgekehrt haftet der Entleiher strenger als ein Mieter. Er muß nämlich nicht bloß die Kosten der Fütterung eines geliehenen Tieres, sondern auch alle anderen gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der Leihsache tragen[12]; hierher gehören z. B. bei einer geliehenen Wohnung die gewöhnlichen Ausbesserungskosten, sofern sie in richtigem Verhältnis zur Länge der Leihzeit stehen. Daraus folgt weiter, daß der Entleiher bei einer Abnutzung der Leihsache, welche lediglich durch den vertragsmäßigen Gebrauch entsteht, nicht schlechthin haftfrei ist wie ein Mieter, sondern nur soweit, als die Abnutzung auch durch ordnungsmäßige Instandhaltung der Sache nicht zu vermeiden war.

In anderen Beziehungen ist übrigens die Rechtsstellung eines Entleihers wieder günstiger als die eines Mieters. So hat er wegen seiner Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht an dem entlehnten Grundstücke, er haftet, wenn er die Leihsache mit Erlaubnis des Verleihers einem Dritten weiter verleiht, für ein Verschulden des Dritten nicht u. s. w.! Dagegen ist die Verpflichtung des Mieters zur Anzeige eines während der Mietzeit auftauchenden Mangels der Mietsache analog auf den Entleiher zu übertragen.[13]

3. Die Verpflichtungen beider Parteien können nach Belieben vertragsmäßig verschärft und ermäßigt werden.[14]

V. Beendigung der Leihe.

1. Die Leihe kann auf bestimmte Zeit abgeschlossen werden, sei es, daß die Leihzeit kalendermäßig festgesetzt wird, sei es, daß sie sich aus dem Zwecke der Leihe — ein Koffer wird z. B. „für eine Reise in die Vogesen", ein Buch nur „zum Durchblättern", „zum Durchstudieren" geliehen — ergiebt. Dann endigt sie, ohne daß es einer Kündigung bedarf, mit dem Ablauf jener Zeit.[15]

2. Die Leihe kann aber auch auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden. Dann endigt sie erst, wenn eine der Parteien kündigt. Die Kündigung kann anders als bei der Miete jederzeit erfolgen, ohne Einhaltung irgend einer Kündigungsfrist.[16]

3. Die Zeitbestimmung zu 1 gilt im Zweifel nur gegen den Verleiher, nicht auch gegen den Entleiher.[17] Letzterer ist also zur Rückgabe der Leihsache auch vor Ablauf der Leihzeit befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.

4. Unter Umständen kann auch der Verleiher die Rückgabe der Leihsache vor Ablauf der Leihzeit, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist[18], fordern, nämlich

a) wenn der Entleiher die Sache mißbraucht, sei es, daß er sie in ver-

11) BGB. 600. Siehe oben S. 484[40]. 12) BGB. 601 Abs. 1.
13) Siehe oben S. 465 d. 14) Siehe aber BGB. 276 Abs. 2.
15) Siehe BGB. 604 Abs. 1, 2. 16) BGB. 604 Abs. 3.
17) BGB. 271 Abs. 2. 18) BGB. 605.

tragswidriger Art gebraucht, sei es, daß er sie durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet,

b) wenn der Verleiher infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes selber der Sache bedarf,

c) wenn der Entleiher stirbt.

5. Von Rechtswegen erlischt die Leihe mit dem Untergang der Leihsache.

6. Die Regeln zu 1—3 können vertragsmäßig beliebig abgeändert werden. Namentlich kann sich, wie bei dem römischen Prekarium[19]), der Verleiher das Recht ausbedingen, die Leihsache nach Willkür zurückzufordern, auch wenn der Entleiher sie noch garnicht zu gebrauchen in der Lage war.

VII. Das Darlehn.

§ 142.

I. Begriff. 1. Das Darlehn hat zum Inhalt, daß die eine Partei, der Darleiher, eine gewisse Menge vertretbarer Sachen auf die Gegenpartei überträgt[1]), während die Gegenpartei, der Darlehnsschuldner, sich zur Rückerstattung des Empfangenen in Sachen gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet.[2])

2. Sonach ist das Darlehn ein „Umsatzgeschäft“: denn der Darleiher soll die Darlehnssachen dem Schuldner „übertragen“, nicht aber ihm bloß den Gebrauch der Sachen überlassen. Daraus ergiebt sich zugleich, daß das Darlehn in scharfem Gegensatz zu Miete, Pacht und Leihe steht: denn während Mieter, Pächter und Entleiher nach Ablauf der Vertragszeit gerade die individuellen, ihnen vormals überlassenen Stücke zurückgeben müssen, darf der Darlehnsschuldner andere Stücke zurückgewähren, wenn sie nur den dargeliehenen gleichartig und gleichwertig sind.

3. Näher steht das Darlehn dem Tausch. Doch geht es zu weit, wenn man das Darlehn als eine bloße Art des Tausches ansehen wollte. Denn der Tausch ist begriffsmäßig ein entgeltliches Geschäft. Das Darlehn dagegen kann auch unentgeltlich abgeschlossen werden. Allerdings übernimmt der Darlehnsschuldner in jedem Falle eine weitgehende Pflicht: er muß das Empfangene dereinst zurückerstatten. Aber wir haben schon öfter erwähnt, daß nicht jede Gegenverpflichtung, die der Empfänger einer Zuwendung übernimmt, ein Entgelt bedeutet. — Selbstverständlich ist es für die Rechte und Pflichten des Darlehnsschuldners von großer Bedeutung, ob er für die Gewährung des Darlehns ein Entgelt zu leisten hat oder nicht. Wir unterscheiden deshalb das entgeltliche und das unentgeltliche Darlehn als zwei verschiedene Arten

---

19) Dernb. Pandekten 2 § 91 und Pr. Pr. 2 § 174.

1) „Übereignet“? Siehe unten bei Anm. 9.

2) BGB. 607.

des Darlehnsgeschäfts. Da das vom Schuldner zu gewährende Entgelt meistens in einer Verzinsung des Darlehnskapitals besteht und umgekehrt die vom Schuldner übernommene Verzinsung meistens als zureichendes Entgelt für die Gewährung des Darlehns anzusehen ist, so können wir — wenigstens für die übergroße Mehrzahl der Fälle — die Worte entgeltlich und unentgeltlich auch durch die Worte verzinslich und unverzinslich ersetzen.

Das unentgeltliche Darlehn kann u. U. sogar eine echte Schenkung sein (natürlich nicht des Kapitals, sondern des zeitweiligen Kapitalgenusses).[3]) Alsdann kann es wegen Undankes des Schuldners ohne Kündigung widerrufen werden; die Zusage eines solchen Darlehns bedarf gerichtlicher oder notarieller Form u. s. w.

II. Gegenstand des Darlehns sind nur vertretbare Sachen[4]), vor allem Geld, aber auch Wertpapiere, Getreide u. s. w.

III. 1. Für den Abschluß des Darlehnsgeschäfts gilt eine Besonderheit: das Darlehnsgeschäft kommt nicht bloß möglicherweise, wie die Leihe und sonstige Verträge, sondern regelmäßig als „Realvertrag", nämlich erst durch die thatsächliche Übertragung der Darlehnssachen („Darlehnsvaluta") seitens des Darlehnsgebers auf den Darlehnsempfänger zustande. Allerdings ist auch eine Vereinbarung gültig, wonach jemand einem Anderen die Gewährung eines Darlehns erst für die Zukunft verspricht. Nach der Verkehrsanschauung ist aber eine solche Vereinbarung nicht als fertiger Darlehnsvertrag, sondern als bloßer Vorvertrag über einen künftig abzuschließenden Darlehnsvertrag anzusehen.[5])

Praktisch wichtig zeigt sich die Auffassung des Darlehns als eines Realvertrages etwa in folgender Regel: nach BGB. 652 hat ein Mäkler Anspruch auf Belohnung erst dann, wenn das ihm zur Vermittelung aufgetragene Geschäft „zustande kommt"; der Darlehnsmäkler wird nun eine Belohnung nicht schon fordern können, wenn er eine Vereinbarung über ein künftig zu gebendes Darlehn, sondern erst dann, wenn er die thatsächliche Hingabe eines Darlehns erzielt hat.[6])

Daß das BGB. unsere Auffassung teilt, ergiebt sich, wenn man die verschiedene Formulierung von BGB. 535, 598, 607 vergleicht.

Übrigens behaupte ich nicht, daß der Darlehnsvertrag immer, sondern nur, daß er regelmäßig Realvertrag sei. Die entgegenstehende, neuerlich z. B. von Endemann § 104, 2 vertretene Ansicht schießt über das Ziel hinaus.

2. Die Hingabe der Darlehnssachen, welche den Abschluß des Darlehnsgeschäfts darstellt, erfolgt nicht selten mittelbar, z. B. so, daß der Darleiher, der ein Gelddarlehn von 1000 Mk. geben will, dem Schuldner nicht bares Geld, sondern ein Börsenpapier im Werte von 1000 Mk. oder eine auf einen Bankier lautende Anweisung in dieser Höhe giebt. In solchen Fällen ist eigentlicher Gegenstand des Darlehns weder das Börsenpapier noch die Anweisung, sondern lediglich die Geldsumme.

3. Gemeinrechtlich waren Kinder in väterlicher Gewalt, nach Pr. LR. I, 11 § 678 flg., königliche Schauspieler und gewisse Militärpersonen nur beschränkt fähig Darlehn zu empfangen. Das BGB. beseitigt diese Regeln.

---

3) Siehe oben S. 480 Abs. 4.

4) Siehe oben S. 132.

5) Anders bei der Leihe: s. oben S. 491 III.

6) Siehe mein Lehrb. d. Handelsrechts § 45[31].

IV. Rechtsverhältnis zwischen Darleiher und Darlehnsschuldner.

1. Das Darlehn begründet ein zweiseitiges Schuldverhältnis, sowohl zu Lasten des Darleihers wie zu Lasten des Darlehnsschuldners. Das entgeltliche Darlehn ist sogar ein echter gegenseitiger Vertrag.

2. Die Verpflichtung des Darleihers geht auf die Gewährung der Darlehnssachen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung genügt es nicht, daß der Darleiher dem Darlehnsschuldner die Darlehnssachen thatsächlich übergibt. Vielmehr haftet er auch dafür, daß die Sachen in das Eigentum des Schuldners übergehen, daß sie lastenfrei sind, daß sie nicht an erheblichen Mängeln leiden u. s. w. Und zwar entspricht seine Haftung bei einem entgeltlichen Darlehn der eines Verkäufers [7]), bei dem schenkungsweisen Darlehn der eines Schenkers.

Erfüllt der Darleiher bei einem entgeltlichen Darlehn seine Verpflichtungen nicht, so hat der Darlehnsschuldner das Recht auf Schadensersatz, Wandelung, Rücktritt u. s. w. nach den beim Kauf geltenden Regeln. So namentlich, wenn der Darleiher dem Schuldner nicht das Eigentum der Darlehnssachen verschafft; die römische Regel, daß in diesem Falle das Darlehn garnicht zustande komme [8]), ist jedenfalls beseitigt. [9])

3. Verpflichtungen des Darlehnsschuldners.

a) Die Hauptverpflichtung des Darlehnsschuldners ist erst bei Beendigung des Darlehnsverhältnisses zu erfüllen. Sie geht auf die Rückgewähr des Darlehns in Sachen gleicher Art, Güte und Menge. — Der Darlehnsschuldner hat zu erstatten, was er „empfangen" hat. Dagegen kommt es darauf nicht an, ob er das Empfangene in der Zwischenzeit (individuell oder dem Werte nach) auch behalten hat. Im Gegenteil: die Rückerstattungspflicht greift auch dann unvermindert Platz, wenn die Darlehnssachen, nachdem sie dem Schuldner übergeben waren, zufällig beschädigt werden oder verloren gehen. Somit liegt die Gefahr der Sachen von der Übergabe ab [10]) nicht beim Darleiher, sondern beim Darlehnsschuldner.

Geht, wenn der Darleiher die Sachen dem Schuldner auf dessen Verlangen zusendet, die Gefahr auf den Schuldner schon mit der Absendung über? Die Frage ist im allgemeinen nach der Analogie des Kaufs und unter Beachtung der mutmaßlichen Parteiabsicht zu bejahen. [11]) Die Folge ist, daß der Schuldner u. U. Sachen erstatten muß, die er niemals empfangen hat, weil sie bereits während der Versendung verloren gegangen sind. Doch ist eine Ausnahme für den Fall eines Gelddarlehns zu machen, welches der Darleiher dem Schuldner zu gewähren sich im voraus verpflichtet hatte; denn hier hat der Darleiher dem Schuldner das Geld gemäß BGB. 270 auf seine eigene Gefahr zuzusenden. Indes gilt diese Ausnahme nur „im Zweifel"; für das unentgeltliche Darlehn wird sie überhaupt nicht gelten.

Wie weit die Gleichheit der zurückzuerstattenden mit den dargeliehenen Sachen gehen muß, ist nach der mutmaßlichen Parteiabsicht zu bestimmen, so wie Treu und Glauben es er-

---

7) Abw. Schollmeyer S. 64. 8) Windscheid § 370 [7].

9) Abw. Endemann § 184 [5], Schollmeyer S. 63.

10) oder dem Annahmeverzuge.

11) Abw. Planck Anm. 2a zu § 607: „der Übergang der Gefahr vollzieht sich mit dem Übergang des Eigentums".

fordern.[12]) Beispielsweise wird, wer 2 Stück 3 ½%ige preuß. Staatsschuldscheine über je 5000 Mk. dargeliehen hat, bei der Rückgabe (regelmäßig) auch 5 Stück dieser Schuldscheine über je 2000 Mk., dagegen nicht 2 Stück 3 ½%ige Reichsschuldscheine über je 5000 Mk. anzunehmen haben. — Der Schuldner hat die von ihm zu erstattenden Sachen dem Darleiher zu übergeben, zu übereignen und für ihre Beschaffenheit Gewähr zu leisten, wie ein Verkäufer[13]). Dabei haftet er für die Gleichheit der zurückerstatteten mit den dargeliehenen Sachen kraft Gesetzes, nicht kraft besonderer Zusicherung; das ist wichtig wegen der Regeln oben S. 435 I. — Als Ort der Rückerstattung muß im Zweifel der Ort gelten, wo das Darlehn seitens des Darleihers gewährt ist: der Schuldner muß also die zurückzuerstattenden Sachen auf seine Gefahr und Kosten nach diesem Orte übersenden. Geld muß er, wie gewöhnlich, an den jeweiligen Wohn- oder Geschäftssitz des Darleihers schicken.[14])

b) Eine weitere Verpflichtung des Darlehnsschuldners ist überaus häufig die Verzinsung des Darlehns. Doch ist sie keineswegs selbstverständlich, muß vielmehr — mit einer dem Handelsrecht angehörigen Ausnahme[14a]) — von dem Schuldner besonders übernommen werden. Sie unterliegt den allgemeinen Regeln des Zinsrechts.[15])

Allerdings stellt BGB. 608 eine besondere Regel für Darlehnszinsen auf. Indes ist diese Regel ungenau formuliert, weil sie, wie es scheint, auf Zinsen nicht paßt, die monatsweise bemessen sind. Soweit sie aber wirklich zutrifft, gilt sie ganz gleichmäßig auch für andere vertragmäßige Schulden, s. oben S. 308, 6.

c) Eine Verpflichtung bezüglich der dargeliehenen individuellen Sachen liegt dem Schuldner in keiner Weise ob. Wie er einerseits deren Gefahr trägt, so kann er andererseits auch frei über sie verfügen, sie nach Gutdünken gebrauchen, verbrauchen, mißbrauchen u. s. w. Regelmäßig kommt ihm auch formell das Eigentum der Sachen zu.

d) Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtungen nicht, so gelten die allgemeinen Regeln. Hervorzuheben ist, daß bei einem bloß teilweisen Verzuge des Schuldners dem Darleiher ein Recht, von dem ganzen Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen, nur in seltenen Ausnahmefällen[16]) zusteht. Namentlich kann der Darleiher, wenn der Schuldner mit der Zinszahlung säumig ist, nicht etwa sofort das Darlehnskapital zurückfordern: das sofortige Kündigungsrecht des Vermieters bei zweimaligem Zinsverzuge des Mieters ist auf das Darlehn nicht übertragen.

e) Die Ansprüche des Darleihers gelten im Konkurse des Schuldners als gewöhnliche Konkursforderungen. Selbst wenn die dargeliehenen Sachen noch unverändert in der Konkursmasse vorhanden sind, hat der Darleiher an ihnen weder ein Aus- noch ein Absonderungsrecht.

4. Ist es streitig, ob die Parteien ihren Verpflichtungen genügt haben, so gelten die allgemeinen Beweisregeln; der Darleiher muß also grundsätzlich die Hingabe der Darlehnssachen, der Schuldner deren Rückgewähr beweisen.

5. Die Verpflichtungen des Darleihers und — praktisch wichtiger! — die des Darlehnsschuldners, können vertragsmäßig beliebig verschärft oder ermäßigt werden. So kommt es beim Gelddarlehn vor, daß der Darlehnsschuldner nicht die ihm dargeliehene Summe, sondern eine größere zurückzuzahlen hat; der Unterschied beider Summen wird oft als Damno,

12) Abw. Endemann § 184 3a: „die Schuldverpflichtung unterliegt nicht einer näheren Abschätzung nach Treu und Glauben".

13) BGB. 445, 493.

14) BGB. 270.

14a) HGB. II 353, 354.

15) Siehe oben S. 306.

16) Siehe BGB. 326 Abs. 1, 325, 283, 280 („kein Interesse"!)

Agio, Provision bezeichnet. So bedingt sich der Darleiher häufig aus, daß er von dem Vertrage zurücktreten dürfe, wenn der Schuldner eine Zinszahlung länger als eine Woche verzögere u. s. w. — Nicht selten kommen auch sog. „unkündbare" Darlehne vor. I. Der Darleiher kann die Rückerstattung des Darlehns fordern; der Schuldner kann sie aber seinerseits nicht anbieten; das Darlehn ist also, wenn der Darleiher will, ewig. II. Der Schuldner kann die Rückerstattung anbieten, der Darleiher kann sie aber seinerseits nicht fordern; das Darlehn ist also, wenn der Schuldner will, ewig. III. Weder kann der Darleiher die Rückerstattung fordern noch der Schuldner sie anbieten; das Darlehn ist also, wenn eine von beiden Parteien es will, ewig. In Wirklichkeit sind aber diese sog. „Darlehn" Rechtsgeschäfte andrer Art, z. B. Schenkungen oder Kaufgeschäfte. — Über die öffentlichen Anleihen s. m. Lehrb. des Handelsrechts § 66.

V. Beendigung des Darlehnsverhältnisses.

1. Das Darlehnsverhältnis wird oft auf bestimmte Zeit (z. B. „bis zum 1. Mai 1905" „bis 14 Tage nach Friedensschluß") begründet und endigt alsdann mit dem Ablauf dieser Zeit, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

2. Es kann aber auch auf unbestimmte Zeit begründet werden. Alsdann hört es erst auf, wenn eine der Parteien der anderen kündigt. Diese Kündigung ist an die Einhaltung bestimmter Fristen gebunden, — eine Regel, die sich bereits im preußischen Landrecht[17]) findet, während sie dem römischen Rechte (gerade wie bei der Miete) unbekannt ist.[18]) Die Kündigung kann nämlich nur erfolgen:[19])

bei Darlehn, deren Geldwert 300 M. übersteigt, binnen dreimonatiger,

bei geringeren Darlehn binnen einmonatiger Frist.

Daß die Kündigung nur für den Schluß gewisser Kalenderabschnitte zulässig sei, ist (anders als bei der Miete) nicht bestimmt.

3. Die Zeitbestimmungen zu 1. und 2. sind zunächst nur gegen den Darleiher gerichtet: sie bedeuten, daß der Schuldner vor Ablauf der Zeit zur Wiedererstattung des Darlehns nicht verpflichtet ist. Sie können aber außerdem auch gegen den Schuldner wirksam sein und bedeuten alsdann, daß dieser vor Ablauf der Zeit zur Wiedererstattung des Darlehns weder verpflichtet noch berechtigt ist, d. h. daß der Gläubiger die ihm vom Schuldner vorzeitig angebotene Rückgewähr des Darlehns zurückweisen darf. Hier ist zu unterscheiden: I. Bezüglich der vertragsmäßig bestimmten Zeiten (oben zu 1) verbleibt es bei der allgemeinen Regel[20]), daß sie im Zweifel nur gegen den Gläubiger, nicht gegen den Schuldner wirken[21]). II. Bezüglich der gesetzlich bestimmten Kündigungsfristen wird diese Regel dagegen auf den Fall des unverzinslichen Darlehns beschränkt; bei dem verzinslichen Darlehn gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen auch gegen den Schuldner.[22])

17) Pr. LR. I, 11 § 761, 762.

18) Dernb. 2 § 87⁷. Dagegen kann nach c. c. 1900 das Gericht eine billige Rückzahlungsfrist festsetzen; ähnlich sächs. b. GB. 1077.

19) BGB. 609 Abs. 1, 2.

20) Siehe oben S. 340.

21) BGB. 271 Abs. 2. Entgegengesetzt Pr. LR. I, 11 § 758.

22) BGB. 609 Abs. 3. Ganz anders Endemann § 184 bei Anm. 12

Beispiel. A. leiht dem B. 10000 Mk. auf 5 Jahre vom 1. Juli 1900 ab; B. kann, wenn er will, schon am 7. August 1900 kündigen, und zwar für sofort, wenn das Darlehn unverzinslich, für den 7. November 1900, wenn es mit $^1/_2$% verzinslich ist.

4. Über vorzeitige Kündigung des Darlehns seitens des Darleihers s. oben S. 479 d.

5. Wird das Darlehn dem Darlehnsschuldner thatsächlich belassen, obschon das Darlehnsverhältnis durch Zeitablauf oder Kündigung beendigt ist, so liegt darin (anders als bei der Miete) eine stillschweigende Verlängerung des Darlehnsverhältnisses im Zweifel nicht. Das Darlehn kann also fortab jederzeit zurückgefordert werden, ohne daß die Kündigung zu wiederholen wäre.

6. Die Regeln zu 1—5 können vertragsmäßig beliebig abgeändert werden. Ein Beispiel ist folgende Klausel: die Rückzahlung des Darlehns erfolgt auf Kündigung, die mit sechsmonatiger Frist für den Schluß jedes Kalenderhalbjahres beiden Parteien, dem Darleiher aber nicht vor dem Jahre 1910 zusteht.[23])

VI. Haben die Parteien einen Vorvertrag über die zukünftige Hingabe eines Darlehns abgeschlossen, so kann der künftige Darlehnsschuldner nach Maßgabe der Bestimmungen des Vorvertrags auf die Hergabe des Darlehns klagen. Doch kann der Darleiher von dem Vertrage zurücktreten, wenn in den Vermögensverhältnissen des Schuldners eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird[24]); war dagegen der Schuldner bereits zur Zeit der Darlehnszusage in den jetzigen schlechten Verhältnissen, so hat der Darleiher kein Rücktrittsrecht, mag er auch den Schuldner damals für durchaus „sicher" gehalten haben.

VIII. Der Dienstvertrag.[1])

1. Begriff. Abschluß des Vertrages.

§ 143.

I. 1. Beim Dienstvertrage verpflichtet sich die eine der Parteien, der Dienstschuldner, zur Leistung von Diensten, während die Gegenpartei, der Dienstberechtigte oder Dienstempfänger, die Leistung einer Vergütung verspricht.[2])

2. Der Dienstvertrag ist ein Arbeitsvertrag. Doch geht er nicht auf Arbeiten aller Art, sondern nur auf „Dienste", d. h. auf solche Arbeiten, welche überwiegend im Interesse des Dienstempfängers erfolgen.[3])

Beispiel. I. Ein Wirt vereinbart mit einem Sänger, daß dieser gegen ein Honorar von 100 Mk. einen Abend bei ihm singen werde, während das Eintrittsgeld an den Wirt fallen

---

23) Siehe auch oben S. 498 Abs. 1.

24) BGB. 610. Ähnlich Pr. LR. I, 11 § 657 und für das bisherige gemeine Handelsrecht RH. 23 Nr. 48.

1) Dankwardt, Jahrb. f. Dogm. 14 S. 228; W. Endemann in Conrad's Jahrb. f. Nat. Ökon. 67 S. 641; Löwenfeld, Inästimabilität der artes liberales (87).

2) BGB. 611. 3) Abw. Planck Anm. 3 a zu § 611.

fallen solle. Dies ist ein Dienstvertrag, wenn der Sänger nur zu singen hat, um die Kasse des Wirtes zu füllen. Es ist kein Dienstvertrag, wenn auch das eigene Interesse des Sängers maßgeblich in Betracht kommt, z. B. dessen Wunsch, sich beim Publikum einzuführen. II. Die Verträge der „Lehrlinge" sind niemals Dienstverträge.[4]) Denn der Lehrling soll ebensosehr im eigenen Interesse arbeiten (um dabei zu lernen), wie im Interesse des Lehrherrn.

3. Der Dienstvertrag hebt sich von allen anderen bisher besprochenen Verträgen auf das schärfste ab. Faßt man freilich die einzelnen Dienste oder die gesamte Arbeitskraft des Menschen als „Güter" auf, so kann man den Dienstvertrag als eine Art des Kaufs oder Tausches oder als ein Seitenstück zur Miete oder Pacht ansehen: der Dienstempfänger kauft fremde Dienste oder tauscht sie gegen eine Vergütung ein; er mietet oder pachtet eine fremde Arbeitskraft. Indes ist hiermit rechtlich nichts gewonnen. Denn die Dienste und die Arbeitskraft des Menschen sind „Güter" eigenster, zartester Art und heischen von selbst eine durchaus andere Behandlung, als sie den sonstigen verkauf- und vertauschbaren, vermiet- und verpachtbaren Gütern zu teil wird. Das bürgerliche Gesetzbuch vermeidet es deshalb mit Recht, den Dienstvertrag mit dem Kauf oder, wie im gemeinen Recht, mit der Miete (als sog. locatio conductio operarum, Dienstmiete) zusammenzustellen. — Damit soll aber nicht geleugnet werden, daß der Dienstvertrag in einigen Beziehungen zwar nicht dem Kaufe, aber doch der Miete analog geregelt ist, namentlich was die Behandlung der Dienst- und Mietzeit betrifft.[5])

Über den Unterschied zwischen Dienstvertrag, Werkvertrag und Auftrag siehe unten S. 517 u. 529.

4. Der Dienstvertrag entspricht im ganzen der gemeinrechtlichen „Dienstmiete" und der preußischen „Arbeitsverdingung". Doch umfaßt sie auch Dienste höchster Art, während die gemeinrechtliche „Sachmiete" — im Gegensatz zum Mandat — bloß auf gewöhnliche Dienste gerichtet war, d. h. auf Dienste, die man nicht mit einem Ehrensolde (honorarium), sondern mit gewöhnlicher Bezahlung zu vergelten pflegt (operae locari solitae, operae illiberales).[6]) Und sie umfaßt ebenso auch Dienste rechtsgeschäftlicher Art, während die preußische „Arbeitsverdingung" — im Gegensatz zum Vollmachtsvertrage — sich nur auf „thatsächliche" Dienste bezog.[7])

5. Der Dienstvertrag kann eine rechtliche Überordnung des Dienstempfängers über den Dienstschuldner mit sich bringen, sodaß jener zur Herrschaft, zum Dienstherrn, dieser zum Diener, zum Angestellten wird. Derartige Verträge seien als Anstellungsverträge bezeichnet.[8]) Beispiele sind die Verträge des Gesindes, der Handlungsgehülfen, der Leibärzte. Ebensogut kann der Dienstvertrag aber auch den Dienstberechtigten und den Dienstschuldner rechtlich auf die gleiche Stufe stellen, sodaß dieser von jenem nicht abhängiger ist als sonstige Schuldner von ihren Gläubigern. Beispiele sind die Verträge der Waschfrauen, der Handlungsagenten, der Hausärzte; derartige Verträge seien freie Dienstverträge genannt.

6. Die Dienstverträge sind „dauernd" oder „nichtdauernd".[9]) Die Unterscheidung ist

---

4) Abw. Pappenheim bei Gruchot 42 S. 324[24].

5) BGB. 614, 620 u. s. w.

6) Dernb. 2 § 115[13], siehe aber auch § 112[3]; Windscheid § 404[3].

7) Pr. LR. I 11 895, 920; 13 § 6.

8) Siehe unten S. 505, 4.

9) Siehe BGB. 617, 627, 629, 630.

schwierig. Auf die Länge der vereinbarten Dienst- oder Kündigungszeit kommt es jedenfalls allein nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob nach Lage des Einzelfalls der Dienstschuldner auf eine längere Dauer des Dienstes rechnen kann. „Nicht dauernd" ist danach z. B. ein Vertrag, bei dem ein Diener „auf sechs Wochen zur Aushülfe", „dauernd" ein Vertrag, bei dem ein Diener „gegen vierzehntägige Kündigung" angestellt wird.

II. Gegenstand des Dienstvertrages sind „Dienste" aller Art[10]), sofern sie nicht unsittlich, verboten oder unmöglich[11]) sind. Es gehört also ebenso hierher, wenn der Hofmarschall ein Fest leitet, wie wenn der Küfer Wein abzieht, ebenso, wenn der Rechtsanwalt Prozesse führt, wie wenn der Tagelöhner Teppiche klopft. Doch sind nach der Art der Dienste verschiedene Arten der Dienstverträge zu unterscheiden.

1. a) Geschäftliche Dienstverträge. Hierher gehören alle Dienstverträge, die auf eine „Geschäftsbesorgung", — d. h. entweder auf den Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder auf die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Thätigkeit — gerichtet sind. Beispiele sind die Verträge der Rechtsanwälte, der Fabrikarbeiter, des Gesindes. Nicht geschäftlich sind dagegen regelmäßig die Verträge der Ärzte, Hauslehrer, Vorleser.

b) Eine besonders wichtige Art des geschäftlichen Dienstvertrages ist der Vollmachts-Dienstvertrag, der den Dienstschuldner zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts nicht bloß im Interesse des Dienstempfängers, sondern auch in dessen Namen, in dessen Stellvertretung verpflichtet oder ermächtigt, z. B. der Dienstvertrag eines Oberkellners. Dabei sei jedoch hervorgehoben, daß nicht jeder Vollmachtsvertrag zugleich ein Vollmachts-Dienstvertrag ist; denn eine Vollmacht kann vertragsmäßig auch durch einen Auftrag, einen Werk- oder Gesellschaftsvertrag u. s. w. begründet werden.

Was unter Geschäftsbesorgung zu verstehen sei, ist im BGB. nicht bestimmt. Indes ist sicher, daß nicht jede Arbeit rein thatsächlicher Art als Geschäftsbesorgung anzusehen ist; denn sonst wäre im BGB. 675, wo ausdrücklich von Dienstverträgen, „die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben", die Rede ist, der Relativsatz sinnlos. Andererseits ist es ebenso sicher, daß die „Geschäftsbesorgung" nicht mit der Vornahme von Rechtsgeschäften zusammenfällt; denn wenn z. B. eine Waschfrau die Wäsche besorgt, wird BGB. 665, 666 (675) zweifellos angewendet werden müssen, obschon die Wäsche doch kein Rechtsgeschäft ist. So bleibt kaum eine andere Auslegung des Gesetzes übrig als die oben gegebene. — Dem entgegen meint Schollmeyer S. 40: „was das Gesetz unter Geschäftsbesorgung versteht, bleibt vollkommen im Dunkeln"; Endemann § 171 [1] erklärt dagegen: „Geschäft ist jede dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehörige Leistung." [12])

Mancher Dienstvertrag ist nur teilweise geschäftlicher Art. Dann gelten die meisten der später darzustellenden auf geschäftliche Dienstverträge bezüglichen Regeln nicht für den ganzen Vertrag, sondern nur für seinen geschäftlichen Teil.

2. Dienstverträge, welche eine gewerbliche Arbeit zum Gegenstande haben. Sie sind überwiegend durch Sondergesetze geregelt.[13]) In diesem Werke sollen sie erst an einer späteren Stelle behandelt werden, nämlich im Gewerberecht.

10) BGB. 611 Abs. 2. Abw. Endemann § 173[1].

11) Siehe oben S. 337, 331. 12) Siehe auch Endemann § 177[5].

13) Rechtsquellen. I. Für die Dienstverträge des Handwerks und der Industrie

3. Dienstverträge des häuslichen Gesindes. Sie sind im folgenden Paragraphen zu erörtern.

4. Die Dienstverträge der öffentlichen Beamten. Sie sind, auch soweit sie die Gehaltsansprüche der Beamten oder deren persönliche Haftpflicht betreffen, öffentlichen Rechts und kommen deshalb in diesem Buche überhaupt nicht zur Darstellung. Allerdings ergiebt sich aus EG. 80, 81, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche der öffentlichen Beamten grundsätzlich den Vorschriften des BGB.s unterworfen sein sollen[14]), soweit nicht landesrechtlich etwas Anderes bestimmt ist. Daraus folgt aber nicht, daß diese Ansprüche wirklich privatrechtlicher Natur sind.[15]) Denn auch andere Forderungen, die unzweifelhaft dem öffentlichen Rechte angehören, z. B. Forderungen auf Steuern und Zölle, sind unbedenklich in manchen Beziehungen nach der Analogie der bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

5. Dienstverträge, welche höhere Dienste zum Gegenstande haben[16]); hierher gehören z. B. die Verträge der „Hausoffizianten" des preußischen Landrechts, nämlich der Hauslehrer, Privatsekretäre u. s. w., sodann aber auch der Fabrikdirektoren, der als Künstler geltenden Schauspieler u. a.

III. 1. Die vom Dienstempfänger zu leistende „Vergütung" kann in Geld, sie kann aber auch in Leistungen anderer Art bestehen[17]), z. B. in der Gewährung eines Getreidedeputats, freier Wohnung, freier Verpflegung. Die Geldvergütung wird meist nach Zeitabschnitten bemessen wie der Mietzins (Tagelohn, Monatsgehalt u. s. w.), kann aber auch anderweit, z. B. als Stück- oder Akkordlohn, als Provision, Tantième u. dgl. festgesetzt werden.

Beispiel. Frauen werden zum Schafscheeren bestellt; sie enthalten entweder für die Tagesarbeit so und so viel Mark, oder für jedes geschorene Schaf so und so viel Pfennige.

Ein Dienstvertrag, bei dem der Dienstschuldner statt des Lohnes freie Wohnung erhält, gleicht einem Mietvertrage, bei dem der Mieter statt des Geldmietzinses Dienste zu leisten hat. Beide Verträge werden vielfach nach den nämlichen Regeln (z. B. nach BGB. 537, 544, 613, 618, 624, 626) zu behandeln sein. Doch ist ihre völlige Gleichstellung nicht durchführbar; so kommen z. B. BGB. 565, 571 auf ersteren, BGB. 621, 625, 630 auf letzteren Vertrag nicht zur Anwendung.

2. Der Dienstschuldner muß auf die Vergütung ein Anrecht haben; eine freiwillige „Gratifikation" des Dienstempfängers gehört also nicht hierher.

3. Die Vergütung muß ein Entgelt für die Dienstleistungen des Dienstschuldners darstellen, sei es nun ein ehrenvolles „Honorar"[18]), sei es einen gewöhnlichen „Lohn". Sie muß also den Diensten als gleichwertig gegenübergestellt sein.[19]) Deshalb gehört eine Vergütung nicht hierher, welche nach der Absicht der Parteien den Wert der Dienstleistung übertreffen oder dahinter zurückbleiben oder unabhängig von ihm sein soll. — Beispiel. A. nimmt eine entfernte Verwandte B. in sein Haus, mit der Verpflichtung, der Hausfrau behülflich zu sein. Dieser Vertrag kann ein Dienstvertrag oder ein unentgeltlicher Auftrag oder eine Schenkung unter einer Auflage sein, je nach dem Werte, den die Parteien der freien Wohnung und Ver-

---

RGew.Ordn. in der Fassung der Novelle v. 1. 6. 91. II. Für die Dienstverträge der Bergleute: preuß. Ges. v. 24. 6. 92. III. Für die Handlungsgehülfen HGB. II 59 flg. IV. Für Seeleute RGes. v. 27. 12. 72 u. s. w.

14) Abw. Planck, Einl. zu Titel 6 I, „Die Rechtsverhältnisse der Beamten werden durch die Vorschriften des BGB.s nicht berührt".

15) Vgl. Endemann § 179[5], [13].

16) BGB. 622, 627, RGew.Ordn. 133 a.

17) Abw. das gemeine Recht, Windscheid § 404[1].

18) Abw. das gemeine Recht s. oben S. 500[6].

19) Siehe oben S. 391, 3.

pflegung der B. im Hause A.s einer-, den Hülfsleistungen der B. andererseits beilegen. Wichtig wird die Frage namentlich, wenn die B. erkrankt (s. unten S. 510 c).

4. Daß der Dienstempfänger für die Dienstleistung eine Vergütung zu entrichten habe, braucht nicht ausdrücklich festgesetzt zu werden. Vielmehr gilt die Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.[20] Dies ist z. B. der Fall, wenn die Dienstleistung in den Gewerbebetrieb des Dienstschuldners fällt und gewöhnlich bezahlt zu werden pflegt.

Ein anderes Beispiel: ich lasse von einem Burschen, der sich auf einer Fußpartie zu mir gesellt, mein Reisegepäck tragen; der Bursche ist kein gewerbsmäßiger Gepäckträger, sondern der Sohn eines reichen Bauern. Dennoch ist er lohnberechtigt.

5. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen[21]; erst wenn es auch an einem „üblichen" Vergütungssatze fehlt, ist auf die allgemeine Regel zurückzugreifen, laut welcher die Höhe der Vergütung vom Dienstschuldner nach billigem Ermessen festzusetzen ist.[22]

Beispiele. Taxen bestehen für die Dienstverträge der Ärzte. Übliche Sätze finden sich bei den Dienstverträgen der Privatschullehrer. Das Bestimmungsrecht des Dienstschuldners endlich greift bei den Dienstverträgen berühmter Gesanglehrer Platz.

IV. Nebenleistungen des Dienstschuldners oder des Dienstempfängers sind ähnlich zu behandeln, wie Nebenleistungen bei Kauf und Miete.[23]

V. Der Dienstvertrag wird immer „auf Zeit" abgeschlossen; ewige Dienstverträge sind unzulässig.[24]

VI. 1. Der Abschluß des Dienstvertrages erfolgt formlos. Gewisse Ausnahmen von dieser Regel gelten nur für einzelne Arten der Dienstverträge[25]; sie werden später an gehöriger Stelle zu erwähnen sein.

2. In gewissen Fällen ist derjenige, dem als zukünftigem Dienstschuldner der Abschluß eines Dienstvertrages angetragen wird, verpflichtet, wenn er den Antrag nicht annimmt, die Ablehnung dem Antragsteller unverzüglich anzuzeigen; unterbleibt die Anzeige, so ist der Dienstvertrag zwar mangels Annahme nicht zu stande gekommen; der Antragsempfänger muß aber den durch sein Schweigen dem Antragsteller erwachsenen Schaden erstatten.[26] Diese Regel setzt voraus, 1. daß der Dienstvertrag ein „geschäftlicher" ist[26a], 2. daß der Antragsempfänger entweder zu einer derartigen Geschäftsbesorgung öffentlich bestellt ist (z. B. ein Rechtsanwalt zur Führung von Prozessen)[27] oder sich

---

20) BGB. 612. Ähnlich sächs. b. GB. 1231, etwas enger preuß. LR. I, 11 § 873; noch schärfer HGB. II. 354.

21) BGB. 612 Abs. 2. 22) BGB. 316. Siehe oben S. 391 b.

23) Siehe oben S. 392 IV; 457 IV. 24) Siehe unten S. 513, 3 a.

25) Siehe z. B. unten S. 517 a; ferner RGewOrdn. 134 a flg.

26) BGB. 663, 675. Wesentlich verschieden ist HGB. II 362; s. mein Lehrb. d. Handelsr.'s § 25 IV. 26a) Siehe oben S. 501 a.

27) Siehe auch Rechtsanwaltsordn. v. 1. 7. 1878 § 30.

— gegenüber dem Antragsteller oder öffentlich — zu einer derartigen Geschäftsbesorgung erboten hat.

Die Regel setzt außerdem voraus, daß der Antragsempfänger den Antrag „nicht annimmt". Sie versagt demnach, sobald man im Einzelfall das Schweigen des Antragsempfängers als Annahme des Antrages aufzufassen hat. Behauptet in einem solchen Falle der Empfänger nachträglich, daß er in Wirklichkeit nicht habe annehmen wollen, so ist er nicht zu Schadensersatz, sondern zu positiver Vertragserfüllung verpflichtet.

2. Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstschuldner und dem Dienstberechtigten.

§ 144.

I. Allgemeines.

1. Der Dienstvertrag zählt zu den gegenseitigen Verträgen.

2. a) Demnach ist, wenn die Dienstleistung dem Schuldner durch einen Zufall unmöglich wird, nicht bloß der Schuldner, sondern auch der Dienstempfänger befreit: leistet der Schuldner keine Arbeit, so empfängt er auch keinen Lohn; leistet er nur einen Teil der Arbeit, so empfängt er auch nur einen Teil des Lohnes.[1]) Man kann also sagen: die Gefahr der Dienstleistung hat der Dienstschuldner zu tragen.

b) Eine Ausnahme gilt, wenn der Zufall in der Person des Dienstschuldners liegt (Krankheit, Einberufung als Zeuge u. dgl.) und ihn an der Dienstleistung bloß eine verhältnismäßig unbedeutende Zeit behindert. Alsdann verbleibt ihm der Anspruch auf die volle Dienstvergütung.[2])

Diese Regel ist eine wichtige Neuerung des BGB.'s. Bisher galt sie nur für Handlungs- und höhere Gewerbegehülfen[3]) und zwar mit der Beschränkung, daß der Hinderungsgrund ein „Unglücksfall" sein mußte, und mit der Erweiterung, daß sie für eine Behinderung bis zu 6 Wochen gelten sollte; beide Besonderheiten werden für Handlungs- und höhere Gewerbegehülfen auch in Zukunft (neben der Vorschrift des BGB.'s) fortbestehen.[4])

Die Regel zu b ist unanwendbar, wenn der Hinderungsgrund nicht in der Person des Dienstschuldners liegt. Beispiel: A. soll den Kindern B.s täglich in der städtischen Turnhalle eine Turnstunde geben; einmal muß die Turnstunde ausfallen, weil die Halle ausgebessert wird.

Die Regel zu b greift auch dann Platz, wenn die Vergütung des Dienstschuldners ein Stücklohn ist[5]); es ist alsdann zu ermitteln, wieviel der Schuldner ohne die Behinderung verdient haben würde.

Bekommt der Dienstschuldner für die Zeit der Behinderung eine Entschädigung aus einer gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung, so kommt der Betrag von seiner Dienstvergütung in Abzug.[6])

3. Auch in anderen Beziehungen kommen die allgemeinen für gegenseitige Verträge festgesetzte Regeln auf den Dienstvertrag nur unvollkommen zur An-

1) BGB. 323. 2) BGB. 616.
3) HGB. I, 60; RGew.Ordn. 133 c.
4) HGB. II, 63. 5) Siehe oben S. 502, 1.
6) BGB. 616 Satz 2. HGB. II 63 bestimmt für Handlungsgehülfen das Gegenteil.

wendung. Insbesondere ist die Regel, daß die Parteien ihre Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen haben, hier so wenig durchführbar wie bei der Miete.[7])

II. Die einzelnen Verpflichtungen des Dienstschuldners.

1. Der Dienstschuldner soll seine Dienste mit aller Sorgfalt verrichten und steht dabei auch für geringes Verschulden ein.[8]) Dagegen ist er dafür, daß seine Dienste erfolgreich sind, z. B. das ihm zum Abschluß aufgetragene Rechtsgeschäft zu stande kommt, in keiner Weise haftbar.

2a) Er darf bei seiner Dienstleistung nach Maßgabe der Verkehrssitte Gehülfen zuziehen und ist nicht selten sogar dazu verpflichtet. Dagegen darf er die Dienstleistung nicht ganz und gar einem Vertreter überlassen, es sei denn, daß der Dienstempfänger es ihm besonders erlaubt hat.[9])

b) Die Haftung des Dienstschuldners für seine Gehülfen und Vertreter folgt den allgemeinen Regeln.[10]) Sonach greift sie unbedingt Platz, wenn der Gehülfe oder Vertreter schuldhaft gehandelt hat, gleichgültig, ob der Dienstschuldner für seine Person unschuldig und zur Zuziehung des Gehülfen oder Vertreters wohl berechtigt war oder nicht. Ist dagegen der Gehülfe oder Vertreter schuldlos, so ist der Dienstschuldner nur haftbar, wenn ihm selber ein Verschulden zur Last fällt. In diesem Falle ist es auch sehr erheblich, ob er den Gehülfen oder Vertreter zuzuziehen berechtigt war. Denn war er es nicht, so liegt regelmäßig schon darin, daß er ihn thatsächlich dennoch zugezogen hat, ein Verschulden.

3. Die Dienstleistung wird nur dem im Dienstvertrage bezeichneten Dienstempfänger (oder dessen Erben) geschuldet. Die Abtretung des Anspruchs auf die Dienstleistung an dritte Personen ist unzulässig.[11])

4. Eine Erweiterung der Pflichten des Dienstschuldners tritt bei den Anstellungsverträgen ein.[12]) Hier wird nämlich der dem „Diener" obliegende Dienst meistens sehr allgemein und unbestimmt angegeben; die nähere Bestimmung der Art, der Zeit und des Orts der Dienstleistung hängt alsdann, innerhalb der von der Sitte gezogenen Grenzen, von dem billigen Ermessen des „Dienstherrn" ab. Ferner muß der Diener dem Dienstherrn mit Ehrerbietung begegnen. Er muß sich eine Vorhaltung und sogar einen Tadel seitens des Herrn gefallen lassen, während ein „freier" Dienstschuldner den unzufriedenen Dienstberechtigten einfach auf den Weg der Klage verweisen kann. Er muß endlich angemessene Wünsche oder Befehle des Herrn sogar in seinem außerdienstlichen Leben beachten. — Diese Regeln scheinen etwas unbestimmt zu sein. Doch gestatten sie an dieser Stelle eine genauere Formulierung nicht. Denn sie sollen hier ja für alle Arten der Anstellungsverträge, für die vornehmsten wie für die geringsten, formuliert werden. Daß die Regeln trotzdem außerordentlich wichtig sind, wird sofort klar, wenn eine der Parteien mit Rücksicht auf das Benehmen der Gegenpartei den Dienst kündigt; denn eine solche Kündigung ist ganz anders zu beurteilen, wenn der Dienstschuldner ein Diener, als wenn er ein freier Arbeiter ist; um dies richtig zu würdigen,

---

7) Siehe unten S. 508[26]. 8) BGB. 276.

9) BGB. 613. Ebenso Pr. LR. I, 11 § 900.

10) BGB. 278.

11) BGB. 613. Ebenso für das bisherige preuß. Recht Dernb. Pr. Pr. 2 § 192[13].

12) Siehe oben S. 500, 5.

muß man natürlich Diener und freie Arbeiter von gleicher sozialer Stellung mit einander vergleichen, also z. B. den angestellten Kammerdiener mit dem freien Lohndiener, den angestellten Kommis mit dem freien Agenten.

5. Mehrere wichtige Besonderheiten gelten für „geschäftliche“ Dienstverträge.[13])

a) Der Dienstschuldner muß sich bei Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäfts streng an die Anweisungen des Dienstempfängers halten. Und zwar muß er die Anweisungen positiv befolgen, wenn sie im Dienstvertrage vorbehalten oder üblich sind. Anderen Anweisungen kann er dagegen die Folge versagen, muß dann aber regelmäßig die Besorgung des Geschäfts ganz unterlassen und dies dem Dienstempfänger mitteilen. — Der Dienstschuldner ist auch an Anweisungen gebunden, welche zweckwidrig sind oder die Interessen des Dienstempfängers geradezu schädigen. Denn er ist nicht der Vormund des Dienstempfängers. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn der Schuldner den Umständen nach annehmen darf, daß der Dienstempfänger bei Kenntnis der Sachlage die Anweisung abändern würde; doch muß er dem Dienstempfänger zuvor Anzeige machen und dessen Entschließung abwarten, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.[14])

Beispiel I. Rechtsanwalt A., der für B. gegen C. einen Prozeß führt, wird von B. angewiesen, einen Vergleichsvorschlag zu machen, der den C. mit allen Prozeßkosten belastet, sonst aber sehr günstig für ihn ist. A. muß gehorchen, mag er auch sicher sein, den Prozeß gegen C. glänzend zu gewinnen. II. B.s Anweisung geht dahin, daß A. persönlich zu C. gehen und den Vorschlag mündlich machen soll. A. braucht nicht zu gehorchen; denn dieser Auftrag ist unüblich. Dann darf er aber im Termin Tags darauf nicht Verurteilung des C., sondern nur Vertagung beantragen. III. Ehe A. sich über die Anweisung zu II schlüssig wird, macht C.s Anwalt D. seinerseits einen Vergleichsvorschlag mit einstündiger Bedenkzeit, der den C. nur mit $^9/_{10}$ der Kosten belastet, dennoch aber alles in allem für B. weit günstiger ist, als dessen eigener Vorschlag. A. darf, da wegen der Kürze der Bedenkfrist eine Rückfrage bei B. unmöglich, den Vorschlag, B.s Anweisung zuwider, annehmen. IV. Nachträglich stellt sich heraus, daß A. falsch vorgegangen ist; denn einmal war B. der Meinung, er dürfe ehrenhalber auch nicht den geringsten Teil der Prozeßkosten übernehmen; außerdem hatte D. von C. den Auftrag, auf Verlangen A.s noch weit ungünstigere Vergleichsbedingungen zu bewilligen. Dies ist, sofern A. diese Umstände nicht hätte kennen müssen, gleichgültig. Denn es kommt darauf an, daß A. thut, nicht was für B. am besten ist, sondern was er in B.s Sinne nach pflichtmäßiger Überlegung für das beste hält.

Als Abweichung von den Anweisungen des Dienstempfängers gilt es auch, wenn der Dienstschuldner seine Vollmacht überschreitet. Die Regeln zu a kommen also in diesem Falle gleichfalls zur Anwendung.[15])

Auf nicht geschäftliche Dienstverträge sind die Regeln zu a nicht auszudehnen. Hier braucht vielmehr der Dienstschuldner nur solche Anweisungen des Dienstempfängers, die im Vertrage vorbehalten oder üblich sind, zu beachten. Andere Anweisungen kann er dagegen einfach übersehen und seine Dienste dennoch fortsetzen. Ein Beispiel ist, daß ein Patient seinen Arzt anweist, Morphium in die Arznei zu nehmen. — Nur für Anstellungsverträge wird eine Ausnahme zu machen sein; hier ist ein weitgehendes Anweisungsrecht des Herrn gegenüber dem Diener auch in nicht „geschäftlichen“ Angelegenheiten selbstverständlich.

b) Der Dienstschuldner muß dem Dienstempfänger unaufgefordert die nötigen Nachrichten geben, auf Verlangen nähere Auskunft über den Stand

13) Siehe oben S. 501 a. 14) BGB. 665, 675.
15) Abw. Schollmeyer S. 68.

des Geschäfts erteilen und nach Ausführung des Geschäfts Rechenschaft ablegen.[16])

c) Der Dienstschuldner muß alles, was er zur Besorgung oder bei der Besorgung des Geschäfts erlangt und nicht auftraggemäß verwendet, an den Dienstempfänger herausgeben.[17]) So auch dann, wenn er mehr erlangt hat, als ihm aufgetragen war: er hatte z. B. eine Sache des Dienstempfängers zu verkaufen und hat einen besseren Preis erzielt, als ihm vorgeschrieben war. Selbst Zuwendungen, welche die Gegenpartei bei Besorgung des Geschäfts ihm persönlich macht (Gratifikationen, Extrahonorare, Trinkgelder) sind nicht ausgenommen. — Verwendet der Dienstschuldner Gelder, die er dem Dienstempfänger herauszugeben oder für ihn zu verwenden hatte, für sich, so muß er sie von der Zeit der Verwendung ab verzinsen.[18])

6. a) Der Dienstschuldner wird von seiner Dienstpflicht befreit, wenn der Dienstempfänger mit der Annahme der Arbeit (schuldhaft oder schuldlos) in Verzug gerät. Er kann also nicht etwa zu nachträglicher Leistung der Dienste angehalten werden. Desungeachtet behält er den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung und muß sich nur dasjenige in Abzug bringen lassen, was er durch Nichtleistung der Arbeit erspart oder durch anderweite Verwendung der Arbeit erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[19])

b) Die Regel zu a gilt aber in vollem Umfang nur, wenn der Vertrag auf eine unteilbare Dienstleistung, z. B. auf einen einzigen ärztlichen Konsultationsbesuch geht. Bei anderen Dienstverträgen, namentlich bei den Anstellungsverträgen, wird der Schuldner dagegen durch den Verzug des Dienstempfängers von seiner Dienstpflicht bloß für die Vergangenheit befreit, muß dagegen seine Dienste für die Folgezeit weiter leisten oder wenigstens zur Verfügung des Dienstempfängers halten. Eine Ausnahme gilt nur insoweit, als der Dienstempfänger an der Annahme der Dienste auch für die Folgezeit behindert ist oder sie auch für die Folgezeit verweigert.[20])

Beispiel. Eine Klavierstunde im Hause des Klavierlehrers ist teilbar, aber nicht nach Minuten, sondern nach Viertelstunden. Sonach muß, wenn die Stunde um 12 Uhr beginnen sollte, der Lehrer auf den ausbleibenden Schüler bis $^3/_4$ 1 warten. Geht er schon um $^1/_2$ 1 fort, so kann er nur für die erste halbe[21]), geht er dagegen um $^3/_4$ 1 fort, so kann er für die ganze Stunde Honorar fordern.

Besonders zu beachten ist bei den Regeln a und b, daß der Schuldner sich von seiner Vergütung auch dasjenige, was er durch anderweite Arbeit zu verdienen böswillig versäumt, abziehen lassen muß. Denn in dem sonst analogen Falle, daß ein Vermieter seine Wohnung leerstehen läßt, weil der Mieter deren Übernahme verweigert, gilt diese Bestimmung nicht.[22]) Hier kann der Vermieter vielmehr den vollen Mietzins fordern, auch wenn ihm eine anderweite passende Vermietung der Wohnung mühelos möglich war. Doch ist diese Verschiedenheit zwischen Dienstvertrag und Miete wohlbegründet: ein müßiggehender Lohnarbeiter und eine leerstehende Mietwohnung können nicht nach gleichen Gesichtspunkten behandelt werden. — Der

können schon, aber sollen?

16) BGB. 666, 675. 17) BGB. 667, 675.
18) BGB. 668, 675. 19) BGB. 615.
20) Siehe BGB. 615 (nicht zweifellos!). 21) Siehe BGB. 297.
22) Siehe oben S. 459, 3.

Dienstschuldner soll nicht „böswillig" auf Kosten des in Annahmeverzug geratenen Dienstempfängers müßig gehen. Selbstverständlich braucht er aber eine anderweite Arbeit nur dann zu übernehmen, wenn sie durchaus passend für ihn ist; und er braucht auch nach passender anderweiter Arbeit nicht mühsam zu suchen. Böswillig handelt er vielmehr nur, wenn er weiß, daß es zwecklos ist, seine Dienste dem Empfänger zur Verfügung zu halten, und trotzdem eine sich ihm ohne Anstrengung bietende passende Erwerbsgelegenheit unbenutzt läßt.

7. Erfüllt der Dienstschuldner seine Dienstpflicht nicht, so kommen die allgemeinen bei gegenseitigen Verträgen geltenden Regeln zur Anwendung. Nur [23]) hat der Dienstempfänger an Stelle des Rücktrittsrecht die weit schärfere Befugnis, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufzukündigen. Einzige Voraussetzung ist, daß die Nichterfüllung der dem Dienstschuldner obliegenden Verpflichtungen im Einzelfalle „wichtig" ist, d. h. die Interessen des Dienstempfängers erheblich gefährdet. Dagegen kommt es darauf, ob ein Verschulden auf Seiten des Dienstschuldners vorliegt, ob die Verpflichtungen vollständig oder bloß teilweise unerfüllt bleiben, ob die Erfüllung verweigert oder nur verzögert wird, nicht an. Das Kündigungsrecht ist also weit schärfer als das Rücktrittsrecht. Eine Nachfrist braucht dem Dienstschuldner (anders als bei der Miete) vor der Kündigung nicht gewährt zu werden.

Dies Kündigungsrecht ist dem gemeinen Recht nicht bekannt.[24]) Dagegen gilt es nach Pr. LR. I, 5 § 408 mit der Verschärfung, daß der Dienstberechtigte schon bei einer geringen Pflichtverletzung des Dienstschuldners vom Vertrag zurücktreten kann.

8. Bemängelt der Dienstempfänger den geleisteten Dienst, so kommen die Regeln von der Bemängelung einer Kaufsache nicht zur Anwendung. Namentlich ist ein Vorbehalt des Dienstempfängers bei Annahme der Dienste und eine abgekürzte Verjährung nicht vorgeschrieben. Die mangelhafte Leistung der Dienste wird vielmehr nach den gleichen Regeln behandelt, wie die Nichtleistung der Dienste.

9. Die den Verpflichtungen des Dienstschuldners gegenüberstehenden Ansprüche des Dienstempfängers sind rein persönlicher Art, wirken also nur gegen den Dienstschuldner, nicht gegen dritte Personen. Demgemäß kann, wenn der Dienstschuldner sich mehreren Personen derart verpflichtet, daß er nicht allen gerecht werden kann, keiner der verschiedenen Dienstempfänger gegenüber den anderen ein Ausschlußrecht geltend machen.[25]) Andererseits kann sich auch der Dienstschuldner gegenüber keinem der Dienstempfänger mit seiner Verpflichtung gegenüber den anderen Empfängern entschuldigen.

10. Die Pflichten des Dienstschuldners können durch Vertrag geschärft und gemildert werden.

III. Die einzelnen Verpflichtungen des Dienstempfängers.

1. Die erste und allgemeinste Verpflichtung des Dienstempfängers ist die Entrichtung der vertragsmäßigen Vergütung. Sie muß, wenn nichts anderes vereinbart ist, postnumerando erfolgen, ähnlich wie die Zahlung des Mietzinses, nämlich [26]):

a) falls sie nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf des einzelnen Abschnitts;

---

23) Eine weitere Abänderung ergiebt sich aus den Regeln oben S. 504 b; 507, 6.
24) Siehe auch sächs. b. GB. 1241.
25) Siehe aber mit Bezug auf gewerbliche Arbeiter RGewOrdn. 125.
26) BGB. 614.

b) anderenfalls nach vollständiger Leistung der Arbeit.

Hiernach ist ein Wochenlohn, wenn die Arbeit am Montag anfängt, immer am folgenden Montag, nicht am Sonnabend zu entrichten!

2. a) Macht bei einem geschäftlichen Dienstvertrage der Dienstschuldner zum Zwecke der Ausführung der ihm obliegenden Dienste Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Dienstempfänger zum Ersatz verpflichtet. Der Dienstschuldner braucht die Aufwendungen also nicht etwa aus der Vergütung zu 1 zu bestreiten. Ja er kann die Aufwendungen ganz unterlassen, wenn ihm nicht auf sein Verlangen der Dienstempfänger die zur Deckung der Kosten mutmaßlich erforderliche Summe im voraus zur Verfügung stellt („Vorschuß" der Kosten); während also die Vergütung postnumerando gezahlt wird, findet der Ersatz der Aufwendungen pränumerando statt.[27])

b) Es genügt, daß der Dienstschuldner die Aufwendungen nach pflichtmäßigem Ermessen für nötig „hält". Irrt er sich, so trägt die Gefahr nicht er selbst, sondern der Dienstempfänger.

Wenn also z. B. der Dienstschuldner eine übertrieben hohe oder eine mit gefälschter Quittung versehene Rechnung für den Dienstempfänger bezahlt, so ist er, sofern er nur mit gebührender Sorgfalt gehandelt hat, ersatzberechtigt, obschon seine Zahlung für den Dienstempfänger thatsächlich ohne Nutzen war.[28])

c) Die Aufwendungen sind nicht bloß dann zu erstatten, wenn der Dienstschuldner das ihm aufgetragene Geschäft glücklich zu stande bringt, sondern auch dann, wenn seine Bemühungen mißlingen.

d) Die Regeln zu a—c sind auf geschäftliche Dienstverträge beschränkt. Sonach kann z. B. ein Vorleser, der, um rechtzeitig zu seinem Kunden zu gelangen, bei plötzlich ausbrechendem Unwetter eine Droschke benutzen muß, Ersatz des Droschkengeldes nicht fordern.

3. Bei gewissen Dienstverträgen hat der Dienstempfänger eine weitgehende Fürsorgepflicht für die Person des Dienstschuldners.

a) Dies gilt zunächst bei solchen Dienstverträgen, bei denen der Dienstempfänger die Arbeitsleistungen des Dienstschuldners zu leiten oder im einzelnen zu bestimmen oder die Arbeitsräume, die Arbeitsvorrichtungen oder die Arbeitsgerätschaften zu beschaffen hat. Im Bereiche dieser seiner Zuständigkeit muß er nämlich — nach Maßgabe der Verkehrssitte — alles thun, um den Schuldner gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit zu schützen, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.[29])

b) Ähnliches gilt bei solchen Dienstverträgen, bei denen der Dienstempfänger den Dienstschuldner in seine häusliche Gemeinschaft aufnimmt. Hier

---

27) BGB. 670, 669, 675. Im bisherigen Recht gelten diese Regeln nur beim Mandat bezw. beim preuß. Vollmachtsauftrag, Windscheid § 410[12]; Pr. LR. I, 13 § 70; sächs. b. GB. 1240, 1314.

28) Über den Fall einer Checkfälschung s. m. Lehrb. d. Handelsrechts § 58[6].

29) BGB. 618 Abs. 1.

muß er nämlich in Ansehung des Wohn- und Schlafraumes, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Dienstschuldners erforderlich sind.[30])

Beispiele. Zu a: die Köchin des A. giebt der bei A. beschäftigten Putzfrau B. eine Leiter, die ihr (der Köchin) als gebrechlich bekannt ist; die B. bricht mit der Leiter zusammen und beschädigt sich; A. ist ersatzpflichtig. Zu b: Der katholische C. aus Ratibor ist im Hause des gleichfalls katholischen D. in Oppeln als Privatsekretär auf ein Jahr angestellt; trotz der Bitte C.s verweigert ihm D. an den katholischen Fastentagen die Fastenverpflegung; er kann kündigen und Ersatz der Kosten seiner Reise von Ratibor nach Oppeln fordern.

c) Bei den Dienstverträgen, bei welchen der Dienstempfänger den Dienstschuldner in seine häusliche Gemeinschaft aufnimmt, wird seine Fürsorgepflicht noch verschärft, wenn das Dienstverhältnis ein dauerndes ist und die Erwerbsfähigkeit des Schuldners vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt. Alsdann hat nämlich der Dienstempfänger die Verpflichtung, dem Dienstschuldner im Falle der Erkrankung auf die Dauer von sechs Wochen Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren, und zwar nach seiner Wahl in seiner eigenen Häuslichkeit oder in einer passenden Krankenanstalt.[31])

α) Hierher gehören namentlich die Dienstverträge der Gesellschafterinnen, Erzieherinnen, Wirtschafterinnen, nicht selten aber auch der Handwerksgesellen, Kellner u. s. w.

β) Erkrankt der Dienstschuldner in der Dienstzeit mehrmals, so läuft, sofern die Krankheiten durch eine wenn schon kurze Gesundheitspause getrennt sind, die sechswöchige Frist für jede Krankheit besonders, sodaß sich die Verpflichtung insgesamt auf viele Monate erstrecken kann.

γ) Die Verpflichtung bedeutet nicht bloß, daß der Dienstempfänger die Verpflegung und ärztliche Behandlung besorgen, sondern auch, daß er deren Kosten tragen muß. Nur insoweit, als der Dienstschuldner während der Zeit der Erkrankung (soll wohl heißen: während der Zeit der Verpflegung und Behandlung!) seine Dienstvergütung fortbezieht, gilt das Gegenteil: der Dienstempfänger kann nämlich jene Kosten auf die Dienstvergütung anrechnen.

δ) Die Verpflichtung hört auf, wenn das Dienstverhältnis aufhört, mag auch die Krankheit dann noch fortdauern und die sechswöchige Frist noch nicht abgelaufen sein. Nur dann bleibt die Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht, wenn sie von dem Dienstempfänger gerade wegen der Erkrankung des Dienstschuldners durch Kündigung herbeigeführt ist.

ε) Die Verpflichtung fällt ganz fort 1. wenn der Dienstschuldner seine Erkrankung vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat, 2. wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung des Dienstschuldners durch eine öffentliche oder private Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen wird.

ζ) Die vorstehenden Regeln sind eine wichtige, übrigens erst vom Reichstage beschlossene Neuerung des BGB.s; bisher galten sie nur ähnlich in einigen Gesindeordnungen, z. B. der preußischen.

η) Um die Tragweite der Regeln zu würdigen, ist folgendes zu beachten: I. Vorausgesetzt ist eine „Erkrankung“ während des Dienstverhältnisses. Die Pflicht des Dienstempfängers tritt also ein, wenn die Krankheit nach dem Dienstantritt ausbricht, mag ihr Keim (durch Ansteckung, erbliche Belastung u. s. w.) auch schon vorher in dem Kranken gesteckt haben. Dagegen versagt die Pflicht, wenn der Dienstschuldner bereits als Kranker in den Dienst kommt,

30) BGB. 618 Abs. 2.

31) BGB. 617.

mag die Krankheit sich auch während des Dienstes wesentlich verschlimmern. Daraus ergiebt sich, daß zwischen Krankheiten, die „im Dienst" d. h. in Veranlassung des Dienstes entstanden sind, und anderen Krankheiten in keiner Weise unterschieden wird. II. Gleichgültig ist es, ob der Kranke ein langjähriger Angestellter des Dienstempfängers ist oder schon am ersten Tag seines Dienstverhältnisses erkrankt, ferner, ob die Verpflegungs- und Behandlungskosten in irgendwelchem Verhältnis zu dem Werte der dem Dienstschuldner obliegenden Arbeit und zu dessen Lohnansprüchen stehen. III. Das Recht des Lohnabzuges (oben zu γ) gilt auch dann, wenn der Dienstschuldner während der Pflegezeit seine Dienste fortleistet. IV. Hat der Dienstempfänger den Lohn im voraus bezahlt, so tritt an Stelle des Rechts auf den Lohnbezug das Recht auf Rückforderung des Lohns.

4. Wird ein dauerndes Dienstverhältnis gekündigt, so muß der Dienstempfänger dem Schuldner angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstes gewähren.[32]) Auch muß er ihm, wenn das Dienstverhältnis durch Kündigung oder anderweit beendigt ist, auf Verlangen ein schriftliches Zeugnis über die Art und die Dauer des Dienstverhältnisses, sowie, wenn es gewünscht wird, auch über die Leistungen und über die Führung im Dienste geben.[33])

5. Zur Annahme der Dienste ist der Dienstempfänger nicht verpflichtet. Er kommt also, wenn er sie grundlos zurückweist, bloß in Annahme-, nicht in Erfüllungsverzug.[34])

6. Erfüllt der Dienstempfänger seine Verpflichtungen nicht, so sind die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Vorschriften anwendbar.[35]) Nur insofern gilt eine Abweichung, als der Dienstschuldner an Stelle des gewöhnlichen Rücktrittsrechts ein Kündigungsrecht hat, in gleicher Art, wie es im umgekehrten Falle (bei Nichterfüllung der dem Dienstschuldner obliegenden Pflichten) dem Dienstempfänger zusteht;[36]) vorausgesetzt ist, daß die Nichterfüllung der Verpflichtungen des Dienstempfängers die Interessen des Dienstschuldners erheblich gefährdet, während darauf nichts ankommt, ob dem Dienstempfänger ein Verschulden zur Last fällt.[37])

Dagegen ist gemäß allgemeiner Regel ein Anspruch des Dienstschuldners auf Schadensersatz nur dann begründet, wenn der Dienstempfänger fahrlässig gehandelt hat und dem Dienstschuldner selber nicht ein überwiegendes Verschulden zur Last fällt. Dies gilt namentlich, wenn der Dienstempfänger gegen die Regeln zu 3 a b verstößt. Für diesen Fall sollen übrigens außerdem gewisse Regeln, die zunächst für die Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen bestimmt sind (BGB. 842—846) zur Anwendung kommen, insbesondere was den Umfang der Schadensersatzpflicht betrifft.[38])

7. Die den Verpflichtungen des Dienstempfängers gegenüberstehenden Ansprüche des Dienstschuldners erfreuen sich im Konkurse des ersteren teilweise eines Vorzugsrechts.[39]) Dagegen sind sie mit irgend einem Pfandrecht — etwa an den Sachen, die der Dienstempfänger dem Dienstschuldner zur Bearbeitung oder als Arbeitswerkzeug übergiebt, — nicht ausgestattet.[40])

8. Die Verpflichtungen des Dienstempfängers können vertragsmäßig ver-

---

32) BGB. 629.

33) BGB. 630. Diese Regel galt bisher nur für einzelne Arten der Dienstverträge (RGew.Ordn. 113; preuß. Ges. Ordn. v. 1810 § 171).

34) Siehe oben S. 444 VI. 35) Siehe oben S. 344 flg., 335.

36) Siehe oben S. 508, 7. 37) BGB. 626.

38) BGB. 618 Abs. 3. 39) Konk.Ordn. 61, 1.

40) Über das Vorrecht land- oder forstwirtschaftlicher Arbeiter gemäß RGes. betr. d. Zwangsverst. v. 24. 3. 97 § 10 Nr. 2 s. unten im Sachenrecht.

schärft oder gemildert[41]) werden; so kann der Dienstempfänger sich z. B. zur Vergütung der Auslagen des Dienstschuldners auch bei Dienstverträgen verpflichten, welche im übrigen nicht geschäftlicher Art sind; und er kann umgekehrt bei geschäftlichen Dienstverträgen die Erstattungspflicht ausschließen. Nur die Fürsorgepflicht für die Person des Dienstschuldners ist insofern zwingenden Rechts, als sie nicht im voraus aufgehoben oder beschränkt werden kann.[42])

Auch die Regel zu 5 ist insofern zwingend, als, wenn der Dienstempfänger zur Abnahme der Dienste verpflichtet wird, kein echter Dienstvertrag vorliegt.[43])

3. Beendigung des Dienstverhältnisses.

§ 145.

1. Das Dienstverhältnis kann auf bestimmte Zeit begründet werden, sei es, daß die Dienstzeit ausdrücklich festgesetzt wird — ein Feldhüter wird z. B. auf einen Monat angestellt —, sei es, daß sie sich aus dem Zwecke der Dienste ergiebt — eine Frau wird z. B. „für die Kartoffellese" gedungen. — Alsdann endigt es mit dem Ablauf dieser Zeit, ohne daß es einer Kündigung bedarf.[1])

2. a) Das Dienstverhältnis kann aber auch auf unbestimmte Zeit begründet werden. Alsdann hört es erst auf, wenn eine der Parteien der anderen kündigt. Diese Kündigung ist — gemäß einer Regel, die im bisherigen Rechte nur für gewisse Arten der Dienstverträge, nicht aber allgemein anerkannt war[2]) — an die Einhaltung gewisser Fristen gebunden[3]), ähnlich wie bei der Miete. Die Kündigung kann nämlich nur erfolgen:

wenn die Dienstvergütung nach Tagen bemessen ist, für jeden Tag am Tage vorher[4]),

wenn sie nach Wochen bemessen ist, für den Schluß jeder Kalenderwoche am ersten Werktage der Woche,

wenn sie nach Monaten bemessen ist, für den Schluß jedes Kalendermonats am 15. des Monats,

wenn sie nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, für den Schluß jedes Kalendervierteljahres sechs Wochen vorher.

Anstellungsverträge, welche „höhere" Dienste zum Gegenstande haben und die Erwerbsthätigkeit des Dienstschuldners vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmen, können nur für den Schluß eines Kalendervierteljahres sechs

41) Abw. mit Bezug auf BGB. 629, 630 Planck Anm. 1 zu 630.

42) BGB. 619. 43) Siehe oben S. 499[3].

1) BGB. 620.

2) Siehe Pr. LR. I, 11 § 905, 906, 920; sächs. b. GB. 1234.

3) BGB. 621. 4) Siehe oben S. 474[3].

Wochen vorher aufgekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bestimmt ist. [5])

b) Die Regeln zu a setzen voraus, daß die Dienstvergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist. Ist dies nicht der Fall, so gilt, wenn der Vertrag die Erwerbsthätigkeit des Dienstschuldners vollständig oder überwiegend in Anspruch nimmt, eine vierzehntägige Kündigungsfrist [5a]); Beispiel: ein Schreiber wird in einem Rechtsanwaltsbureau gegen einen Lohn von . . . für den Bogen angestellt. Kommt dagegen der Vertrag für den Schuldner nur nebensächlich in Betracht, so fehlt eine Kündigungsfrist ganz, die Kündigung kann also mitten in der Arbeit erfolgen; Beispiel: ein reisender Handwerksbursche wird zum Holzspalten gegen einen Lohn von . . . für den Kubikmeter angenommen.

3. In zwei Fällen kann ein auf bestimmte Zeit begründetes Dienstverhältnis vor Ablauf der Dienstzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgekündigt werden.

a) Erstlich, wenn das Dienstverhältnis für die Lebenszeit des Dienstschuldners (oder eines anderen) oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen ist; die Kündigung kann hier nach dem Ablauf von fünf Jahren für jeden beliebigen Tag (!) erfolgen; die Kündigungsfrist beträgt 6 Monate; kündigungsberechtigt ist nur der Dienstschuldner. [6])

b) Zweitens, wenn bei einem Dienstverhältnis, welches sich auf den Haushalt, den Wirtschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft des Dienstempfängers bezieht, letzterer in Konkurs verfällt; die Kündigung ist nur für die zu 2 genannten Termine binnen der dort genannten Fristen zulässig; kündigungsberechtigt ist der Dienstschuldner und der Konkursverwalter. [7])

4. In anderen Fällen kann endlich ein Dienstverhältnis, mag es für bestimmte oder für unbestimmte Zeit begründet sein, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aufgekündigt werden. [8])

a) Die Kündigung kann beiderseits willkürlich geschehen, wenn der Dienstvertrag auf Dienste höherer Art, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, gerichtet ist, es sei denn, daß das Dienstverhältnis dauernd und mit „festen" Bezügen verbunden ist [9]); ein Beispiel bildet der Dienstvertrag des Vertrauensarztes einer Lebensversicherungsgesellschaft, sofern dem Arzt ein Honorar bloß für seine einzelnen Diensthandlungen (ohne Garantie eines Fixums) [10]) zugesagt ist. Bei allen andern Dienstverträgen ist die Kündigung nur statthaft, wenn ein „wichtiger Grund" vorliegt. [11]) Was hierunter zu verstehen ist, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen. Das häufigste Beispiel ist, daß die Gegenpartei die ihr obliegenden Verpflichtungen — schuldhaft oder schuldlos — erheblich verletzt. Ein anderes Beispiel ist, daß die Verhältnisse eine der Parteien sich wesentlich ändern: die Schul-

---

5) BGB. 622. 5a) BGB. 623.

6) BGB. 624. Das bisherige Recht kennt diese Regel nicht; s. aber sächs. GB. 1234.

7) Konk.Ordn. 22. 8) Siehe auch BGB. 1358.

9) BGB. 627. 10) Vgl. hierzu Planck Anm. 2 zu § 627.

11) BGB. 626.

vorsteherin kündigt z. B. ihrer Lehrerin, weil sie ihre Schule plötzlich auflöst, oder die Lehrerin kündigt, weil sie sich verheiratet.

Unsere bisherigen Gesetze kennen die Regeln zu a noch nicht, sondern bemühen sich, die Kündigungsgründe mehr oder minder zu spezialisieren: s. Pr. LR. I, 11 § 907 flg. sächs. b. GB. 1241, 1242. Vermittelnd RGewOrd. 133 b—133 d, HGB. I 62—64.

b) Erfolgt, den Regeln zu a gemäß, eine vorzeitige Kündigung, so kann der Dienstschuldner nicht die volle, für die ganze Dienstzeit bedungene Vergütung fordern; denn die Kündigung giebt ihm ja für den Rest der Dienstzeit die freie Verfügung über seine Arbeitskraft zurück. Vielmehr kann er bloß, nach Maßgabe der von ihm bis zur Kündigung bereits geleisteten [12]) Dienste, einen verhältnismäßigen Teil der bedungenen Vergütung verlangen. Dazu kommt aber, wenn er durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Dienstempfängers zur Kündigung veranlaßt worden ist, außerdem ein Anspruch auf Schadensersatz. Umgekehrt ist er natürlich selber schadensersatzpflichtig, wenn er durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten den Dienstempfänger zur Kündigung bewogen hat. [13])

Bei Berechnung des dem Dienstschuldner gebührenden Teils der Dienstvergütung ist nicht bloß darauf zu sehen, welch ein Teil der Dienstzeit vor der Kündigung bereits verstrichen ist, mag auch die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen sein; denn die Dienste brauchen sich ja keineswegs auf den ganzen Zeitabschnitt gleichmäßig zu verteilen, weder was die Lasten betrifft, die sie für den Dienstschuldner, noch was die Vorteile angeht, die sie für den Dienstempfänger mit sich bringen. Nur dann, wenn der Dienstempfänger die Kündigung durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat, kann er sich auf letzteren Umstand (d. h. also darauf, daß die teilweise Dienstleistung des Dienstschuldners ohne Interesse oder doch von verhältnismäßig geringem Interesse für ihn war) nicht berufen. — Beispiel. A. ist bei B. als Verkäufer gegen ein Tagesgehalt von 5 Mk. auf ein Jahr in Dienst getreten; am ersten Tage, an dem er sich erst „informieren" mußte, ist er für B. ganz wertlos; auch am zweiten Tage kann er höchstens als halbwertige Arbeitskraft gelten. Am Ende des dritten Tages kündigen A. und B. gegenseitig; A. findet erst 10 Tage später einen neuen Dienst; B. muß sich eine Hülfskraft nehmen, die für den Rest des Monats 180 Mk. bezieht. Ist weder A. noch B. schuld, so muß B. 7,5 Mk. zahlen (nämlich Gehalt für einen vollen und einen halbwertigen Arbeitstag). Ist A. schuld, so muß er an B. 22,5 Mk. zahlen (nämlich 180—150 Mk. Schadensersatz unter Abzug des Gehalts für $1\frac{1}{2}$ Tage). Ist B. schuld, so muß er dem B. 65 Mk. zahlen (nämlich Gehalt für 3 Tage und Schadensersatz für 10 Tage).

c) Die Regel zu b gilt nur für den Anspruch auf Vergütung, nicht auch für den Anspruch auf Auslagenerstattung. Vielmehr bleibt letzterer Anspruch im Falle einer vorzeitigen Kündigung ungekürzt bestehen. [14])

5. Wird das Dienstverhältnis, nachdem es durch Zeitablauf oder Kündigung aufgehoben ist, von dem Dienstschuldner mit Wissen des Dienstempfängers thatsächlich fortgesetzt, so gilt es, ähnlich wie in gleichem Falle die Miete, als auf unbestimmte Zeit verlängert, und zwar unter den bisherigen Bedingungen. [15]) Anders nur dann, wenn der Dienstempfänger unverzüglich widerspricht oder wenn der Dienstschuldner sich eine Änderung der Bedingungen vorbehalten hat.

6. Die Form der Kündigung unterliegt den gleichen Regeln wie bei der Miete. [16])

---

12) oder angebotenen s. oben S. 507, 6.

13) BGB. 628 Abs. 2. Siehe auch BGB. 627 Abs. 2, 671 Abs. 2, 675.

14) Siehe auch oben S. 509 c.

15) BGB. 625. Siehe oben S. 475, 6.

16) Siehe oben S. 476, 7.

7. a) Von Rechts wegen, also ohne Kündigung, wird das Dienstverhältnis vor Ablauf der Dienstzeit aufgelöst, wenn der Dienstschuldner stirbt.[17]) Dagegen bleibt das Dienstverhältnis beim Tode des Dienstempfängers fortbestehen, es müßten denn die Dienste ausschließlich seiner Person gewidmet sein, z. B. Krankenpflegerdienste.

b) Geschäftliche Dienstverträge werden von Rechts wegen aufgehoben, wenn der Dienstempfänger in Konkurs verfällt.[18])

c) Selbstverständlich hört das Dienstverhältnis auch dann auf, wenn die Dienstleistung anderweit unmöglich wird. Hierher gehört z. B. regelmäßig der Fall, daß der Dienstschuldner geisteskrank wird, während Geisteskrankheit des Dienstempfängers den Dienstvertrag (regelmäßig) bestehen läßt.[19])

8. Auch eine beschränkte Aufhebung des Dienstverhältnisses ist möglich. Insbesondere kann bei einem Vollmachtsdienstvertrage der Dienstempfänger die dem Dienstschuldner erteilte Vollmacht jederzeit willkürlich widerrufen[20]), während im übrigen, namentlich was den Lohnanspruch des Dienstschuldners angeht, das Dienstverhältnis fortbestehen bleibt.

9. Wenn ein geschäftliches Dienstverhältnis in anderer Art als durch Kündigung aufgehoben wird, kann es in beschränkter Weise noch eine zeitlang wirksam bleiben.

a) Erstlich bleibt das Dienstverhältnis zu gunsten des Dienstschuldners solange wirksam, bis dieser von der Aufhebung Kenntnis erlangt oder erlangen mußte.[21])

Beispiel. A. hat für die Dauer seiner Pachtung den B. als Inspektor angestellt; am 15. Mai wird durch eine zwischen A. und dessen Verpächter getroffene Vereinbarung die Pachtung des A. und damit zugleich das Dienstverhältnis des B. aufgehoben; erst am 17. Mai wird dies dem B. bekannt; inzwischen geht am 16. Mai eine Kuh des A. ein, weil B. sich an diesem Tage nicht gehörig um sie bekümmert hat; auch kauft B. am nämlichen Tage kraft der ihm als Inspektor erteilten Vollmacht für den A. einen neuen Ackerwagen und bezahlt ihn. Hier ist B. für den Verlust der Kuh nicht verantwortlich; denn er war am 16. Mai nicht mehr Inspektor. Dagegen kann er die Auslagen für den Wagen ersetzt fordern; denn wenigstens zu seinen Gunsten „galt" er am 16. Mai noch als Inspektor. Doch ist anzunehmen, daß, wenn er von letzterem Rechte Gebrauch macht, er sich auch dem Schadensersatz für die eingegangene Kuh unterziehen muß.

b) Zweitens bleibt das Dienstverhältnis sowohl zu gunsten wie auch zu lasten des Dienstschuldners oder seines Erben wirksam, wenn es durch den Tod des Dienstempfängers oder des Dienstschuldners aufgehoben wird[22]), die Geschäftsbesorgung aber nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden kann. Der Dienstschuldner oder sein Erbe muß nämlich alsdann die Geschäftsbesorgung solange fortsetzen, bis der Dienstempfänger oder dessen Erbe anderweit Fürsorge treffen kann, und hat im Rahmen dieser unaufschiebbaren Thätigkeit

17) Siehe BGB. 613. 18) Konk.Ordn. 23.
19) Siehe BGB. 613, 672, 673, 675. 20) BGB. 168.
21) BGB. 674, 675. 22) Siehe oben Nr. 7 a, b.

die gleichen Rechte und Pflichten, wie wenn das Dienstverhältnis noch in Kraft wäre.[23])

10. Von den vorstehenden Regeln sind zwingender Natur die zu 3. und, soweit sie bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes beiden Parteien das sofortige Kündigungsrecht gewährleisten, auch die zu 4. Im übrigen sind abweichende Vereinbarungen beliebig zulässig. So können bei einem auf unbestimmte Zeit begründeten Dienstverhältnis andere Kündigungsfristen als die gesetzlichen (oben zu 2) eingeführt werden; nur im Konkurse des Dienstempfängers sind diese vereinbarten Kündigungsfristen, falls sie länger sind als die gesetzlichen, unwirksam[24]); daß die vereinbarten Kündigungsfristen für beide Parteien gleich lang sein müssen, schreibt das Gesetz nur für die Handlungsgehülfen vor.[25]) Zulässig ist es ferner, daß der Dienstschuldner sich im voraus für die Zeit nach Aufhebung des Dienstverhältnisses zu gewissen Unterlassungen verpflichtet, z. B. dienstliche Geheimnisse nicht zu verraten oder nicht sofort in einen anderen Dienst zu treten; nur darf eine derartige Abrede die Freiheit des Dienstschuldners nicht in unsittlicher Weise beschränken.[26]) — Zulässig ist auch, daß der Vollmachtgeber auf die Widerruflichkeit seiner Vollmacht verzichtet (BGB. 168); doch liegt alsdann kein Vollmachts-Dienstvertrag vor.[27])

Zusatz zu § 143—145. Die Regeln des BGB.s über den Dienstvertrag haben gemäß EG. 171 in analoger Art rückwirkende Kraft wie die über den Mietvertrag, s. oben S. 477.

4. Der Gesinde-Dienstvertrag.[1])

§ 146.

1. Der Gesinde-Dienstvertrag ist ein Anstellungsvertrag, der gewöhnliche häusliche oder landwirtschaftliche Dienste zum Gegenstande hat und außerdem voraussetzt, daß der Dienstschuldner bei dem Dienstherrn wohnt. Den Gegensatz bilden namentlich die Dienstverträge der „freien" häuslichen oder landwirtschaftlichen Arbeiter, die Anstellungsverträge, welche auf häusliche oder landwirtschaftliche Dienste höherer Art gehen, endlich die Anstellungsverträge, welche auf andere als häusliche oder landwirtschaftliche Arbeit gerichtet sind.

Sonach sind z. B. die Dienstverträge der Waschfrauen, Gesellschafterinnen und Kellnerinnen keine Gesinde-Dienstverträge.

2. Die Gesinde-Dienstverträge sind reichsrechtlich nur insoweit geregelt, als den Landesgesetzen gewisse einschränkende Normen vorgeschrieben sind.[2]) Demgemäß wird das Gesinderecht landesrechtlich neu zu ordnen sein.[3])

---

23) BGB. 672, 673, 675. 24) Konk.Ordn. 22.

25) HGB. II 67.

26) Weitergehende Beschränkungen derartiger Abreden s. in HGB. II. 74, 75 und EG. 9 II dazu.

27) Siehe oben S. 512[18].

1) Poßelt-Lindenberg, preuß. Gesinderecht (86), Kähler, Gesinderecht (96).

2) EG. 95.

3) Das preußische Gesinderecht ist zur Zeit zersplittert: im Landrechtsgebiet gilt die Gesindeordn. v. 8. 11. 10.; die andern Landesteile haben ihre eigenen Gesindeordnungen, z. B. Frankfurt a/M. v. 5. 3. 22, Rheinprovinz (außer dem landrechtlichen Teile) v. 19. 8. 44, Neuvorpommern v. 11. 4. 45, Schleswig-Holstein v. 25. 2. 40.

Seine Darstellung muß deshalb einstweilen ausgesetzt werden. Erwähnt sei hier bloß,

a) daß die Landesgesetze häufig für den Abschluß des Gesindevertrages eine Form (z. B. nach Wahl der Parteien die Hingabe eines Draufgeldes oder die Schriftform) vorschreiben [4]);

b) daß Dienstboten wegen Ungehorsams gegen die Herrschaft kriminell bestraft werden können [5]);

c) daß die Herrschaft Dienstboten, welche sich in Veranlassung ihres Dienstes eine Krankheit zuziehen, über die Dienstzeit hinaus, u. U. lebenslänglich unterhalten müssen [6]);

d) daß die Zeit des Dienstantritts, die Kündigungsgründe, die Kündigungsfristen eigentümlich geregelt sind. [7])

Von den einschränkenden Normen des Reichsrechts sei erwähnt 1. daß der Herrschaft ein Züchtigungsrecht gegenüber dem Gesinde nicht zugestanden werden darf; 2. daß die Fürsorgepflicht der Herrschaft für die Person des Dienstboten nicht unter das von dem Reichs-Dienstrecht aufgestellte Maß herabgesetzt werden darf; 3) daß Dienstboten den Dienst spätestens nach fünf Jahren mit sechsmonatiger Frist aufzukündigen befugt sind.

IX. Der Werkvertrag.

1. Begriff. Abschluß des Vertrages.

§ 147.

I. 1. Beim Werkvertrage verpflichtet sich die eine der Parteien, der Unternehmer, zur Herstellung eines Werkes, während die Gegenpartei, der Besteller, die Leistung einer Vergütung verspricht. [1])

2. Der Werkvertrag ist ein Arbeitsvertrag wie der Dienstvertrag. Doch unterscheidet er sich von letzterem zwiefach. Erstlich geht er auf Arbeiten aller Art, nicht bloß auf „Dienste"; er gilt demgemäß auch für solche Arbeiten, die nicht bloß im Interesse des Bestellers, sondern zugleich im Interesse des Unternehmers liegen. Zweitens geht er auf ein „Werk", d. h. nicht auf die Arbeit als solche, sondern auf ein bestimmtes Ergebnis der Arbeit; nicht in dem Sinne, daß der Unternehmer die unbedingte Gewähr für das versprochene Ergebnis seiner Arbeit übernimmt: denn, wenn seine Arbeit trotz alles Bemühens ergebnislos verläuft, ist er ebenso haftfrei wie ein Dienstschuldner; wohl aber in dem Sinne, daß er in diesem Falle keine Vergütung erhält.

4) Pr. Ges.Ordn. 23. 5) Pr. Ges. v. 24. 4. 54, 6. 2. 78, 27. 6. 86.
6) Pr. Ges.Ordn. §§ 94, 95.
7) Pr. Ges. Ordn. 42, 117 flg., 111 flg.
1) BGB. 631.

Beispiel.[2]) Eine Schauspielerin hat laut ihres Anstellungsvertrages das Recht, in allen aufzuführenden Stärken in der von ihr gewählten Rolle aufzutreten und kann statt festen Gehalts für jeden ihrer Spielabende ein Honorar von 400 Mk. beanspruchen. Dieser Vertrag ist kein Dienst-, sondern ein Werkvertrag: das versprochene Werk ist die Durchführung der erwählten Rolle.[3])

3. Wenn jemand die Herstellung eines Werkes aus einem von ihm selber (für eigene Rechnung oder für Rechnung der Gegenpartei) zu beschaffenden Stoffe übernimmt, kann der Vertrag sowohl als Werkvertrag wie als Verkauf einer zukünftigen Sache aufgefaßt werden. Das bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet hier wie folgt.

a) Ist das herzustellende Werk eine vertretbare Sache, so gilt der Vertrag als reiner Kauf.[4])

b) Ist das Werk eine nicht vertretbare Sache, so gilt der Vertrag als ein Mittelding zwischen Werkvertrag und Kauf. Denn es sind einige Regeln des Kauf- und sämtliche Regeln des Werkvertragrechts[5]) auf ihn anwendbar. Und zwar haben letztere Regeln das Übergewicht; denn gerade diejenigen Vorschriften des Kaufrechts, welche den Kauf vom Werkvertrage charakteristisch unterscheiden, sind von der Anwendung ausgeschlossen.[6])

Anwendbar sind von den Regeln des Kaufrechts BGB. 446 Abs. 1 Satz 2 (nur mit Beschränkung auf den Inhalt dieses letzteren Satzes auch Abs. 2), 448, 449, 450, 454, 455, 494—515; eine wesentliche Bedeutung kann aber von diesen Vorschriften nur BGB. 454 beanspruchen. — Daß wir unter den anwendbaren Vorschriften BGB. 434—444 nicht miterwähnen, beruht darauf, daß diese Paragraphen gemäß BGB. 445 sich ohnehin nicht bloß auf den Kauf, sondern auf alle entgeltlichen Veräußerungen beziehen. Sie sind demnach auch auf den alsbald zu c zu nennenden Vertrag in Ansehung der vom Unternehmer zu beschaffenden Nebensachen anwendbar, obwohl dieser Vertrag vom BGB. als reiner Werkvertrag angesehen wird.

c) Ist der vom Verfertiger des Werkes anzuschaffende Stoff nur eine Zuthat oder eine sonstige Nebensache, so gilt der Vertrag als reiner Werkvertrag.[7])

Beispiele. Zu a: Ein Schneider verspricht die Anfertigung von 20 Herrenüberziehern mittlerer Größe nach vorgelegter Zeichnung; zu b: er verspricht die Anfertigung eines Herrenüberziehers nach Maß, Anprobe seitens des Bestellers vorbehalten; zu c: er verspricht die Ausbesserung und Neufütterung eines alten Überziehers. — Bauverträge werden meist zu Gruppe b gehören.[8]) — Besteht die Vergütung nicht in Geld, so kommen in den Fällen a und b statt der Regeln des Kaufs die des Tausches zur Anwendung.[9])

4. Auch die Abgrenzung des Werkvertrages gegen die Miete ist nicht immer einfach. Beispiel: A. „mietet" von B. ein Segelboot zur Fahrt von Konstanz nach Lindau; B. soll das Boot steuern. Ob dieser Vertrag wirklich eine Miete mit einer vom Vermieter übernommenen Nebenleistung und nicht vielmehr ein Werkvertrag ist, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden.

---

2) Siehe auch das Beispiel unten S. 519, II, 2. 3) Siehe Opet, Theaterrecht (97).
4) BGB. 651 Abs. 1.
5) Ausgenommen sind nur die pfandrechtlichen Regeln im BGB. 647, 648.
6) BGB. 651 Abs. 1. Siehe auch HGB. II 381 Abs. 2.
7) BGB. 651 Abs. 2. 8) Abw. Endemann § 174[12].
9) Abw. Endemann § 174[11].

5. Im ganzen entspricht der Werkvertrag des bürgerlichen Gesetzbuchs der locatio conductio operis des gemeinen und dem Werkverdingungsvertrage des preußischen Rechts. Doch setzt letzterer Vertrag voraus, daß der Unternehmer ein Fachmann (Werkmeister oder Künstler) ist, und bezieht sich auch nur auf Arbeiten materieller Art (Herstellung oder Veränderung einer Sache).[10]) Auch scheidet das bürgerliche Gesetzbuch zwischen Werkvertrag und Kauf anders als das gemeine und das preußische Recht: gemeinrechtlich soll nämlich, wenn der Unternehmer den hauptsächlichen Werkstoff liefert, der Vertrag immer Kauf, preußisch-rechtlich soll er immer Werkvertrag sein, ohne daß danach gefragt wird, ob das Werk vertretbar oder unvertretbar ist.[11])

II. 1. Gegenstand eines Werkvertrages kann jedes beliebige Werk sein[12]), also sowohl ein körperliches, z. B. ein Haus, wie ein unkörperliches, z. B. ein Lustspiel, sowohl ein thatsächliches, z. B. eine Wagenfahrt, wie ein rechtliches, z. B. der Abschluß eines Verkaufs.

2. Ist das dem Unternehmer aufgetragene Werk eine Geschäftsbesorgung[13]), so nennen wir den Werkvertrag einen „geschäftlichen". Hierher gehört namentlich der Vollmachts-Werkvertrag, bei dem der „Unternehmer" sich zum Abschluß eines Rechtsgeschäfts im Namen des „Bestellers" verpflichtet[14]), das handelsrechtliche Kommissionsgeschäft, die Ausbesserung von Sachen des Bestellers, die Übernahme eines Baues auf dem Grundstücke des Bestellers u. s. w.

Ein Vollmachts-Werkvertrag liegt z. B. vor, wenn A. den Verkauf meines Hauses für mindestens 80000 Mk. gegen eine Provision von 1 % des Kaufpreises, zahlbar eine Woche nach dem Verkauf, übernimmt. Bedingt A. sich dagegen außerdem eine Provision von 30 Mk. für den Fall aus, daß der Verkauf ihm während eines Jahres nicht glückt, so liegt ein Vollmachts-Dienstvertrag vor.

III. Für die vom Besteller dem Unternehmer zu gewährende Vergütung gelten die gleichen Regeln wie beim Dienstvertrage.[15])

IV. Der Abschluß des Werkvertrages geschieht gleichfalls nach den für den Dienstvertrag geltenden Regeln.[16])

2. Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer und Besteller.

§ 148.

I. Allgemeines. 1. Der Werkvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.

2. a) Daraus folgt, daß, wenn der Unternehmer das versprochene Werk

---

10) Pr. LR. I, 11 § 925. Dernb. Pr. Pr. 2 § 199^6.

11) Dernb. Pr. Pr. 2 § 134^5, ^{6}. Wie das gemeine Recht auch sächs. b. GB. 1244

12) BGB. 631 Abs. 2. 13) Siehe oben S. 501, 1.

14) Endemann § 177, 1 b meint, ein Werkvertrag könne nicht auf die vertretungsweise Vornahme von Rechtsgeschäften gerichtet sein.

15) BGB. 632. Siehe oben S. 502 III. 16) BGB. 663, 675.

nicht liefert, er auch die versprochene Vergütung nicht erhält. So auch dann, wenn er sich um die Herstellung des Werkes mit gebührendem Eifer bemüht hat: denn die Vergütung ist ihm ja nicht, wie beim Dienstvertrage, für seine Arbeit, sondern nur für den Erfolg seiner Arbeit versprochen worden. Demnach liegt — vorbehaltlich abweichender Vereinbarung — die Gefahr der Vollendung des Werkes bei ihm, nicht beim Besteller. Hat er aber das Werk vollendet, so greifen ähnliche Regeln Platz wie beim Kauf. Die Gefahr des Werkes geht nämlich auf den Besteller über:

regelmäßig mit der Abnahme des Werkes, welcher natürlich der Abnahmeverzug des Bestellers gleichsteht;

wenn der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet, mit der Absendung des Werkes. [1])

b) Die Regel zu a erleidet eine Ausnahme, wenn das Werk vor der Abnahme oder Absendung lediglich infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist. Alsdann kann nämlich der Unternehmer wenigstens einen Teil der vertragsmäßigen Vergütung fordern, nach Maßgabe seiner Bemühungen und Auslagen bis zu dem Unfall. [2]) Insofern kann man sagen, daß die Gefahr des Werkes schon vor der Abnahme oder Absendung teilweise beim Besteller liegt.

Beispiel. Maler A. soll mein Bild malen und eingerahmt liefern; das fertige Bild geht bei dem Einrahmer B. ohne dessen Verschulden durch Feuer zu Grunde. Die Gefahr trägt A., es sei denn, daß er von mir gerade an den Einrahmer B. gewiesen ist.

Die Regel zu a setzt, wie auch das vorstehende Beispiel zeigt, voraus, daß der Unfall nicht durch einen vom Besteller oder Unternehmer zu vertretenden Umstand verursacht ist. Denn ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so liegt gar kein „Zufall“ vor und die Frage, wer die „Gefahr“ des Zufalls zu tragen hat, ist gegenstandslos. Vielmehr greifen alsdann die Regeln zu II, 2, 3 Platz. [3]) — Welcher Art der „Zufall“ ist, ist gleichgültig. Namentlich gehört auch höhere Gewalt hierher: im vorigen Beispiel ist etwa die Feuersbrunst bei B. durch Einschlagen des Blitzes hervorgerufen.

c) Eine zweite Ausnahme von der Regel zu a gilt, wenn nach der Beschaffenheit des versprochenen Werks dessen Abnahme ausgeschlossen ist [4]); alsdann geht die Gefahr schon mit der Vollendung des Werks auf den Besteller über. Der wichtigste hierher gehörige Fall ist die Ausführung eines Bauwerks auf dem Grundstücke des Bestellers; denn das Bauwerk ist gar nicht im Besitze des Unternehmers, kann also von ihm nicht abgeliefert, vom Besteller nicht abgenommen werden.

d) Daraus, daß der Unternehmer bis zur Ablieferung oder Absendung des Werkes dessen Gefahr trägt, folgt selbstverständlich nicht, daß er auch die Gefahr des vom Besteller gelieferten Stoffes zu tragen hat; vielmehr ist er, wenn der Stoff zufällig verloren geht oder beschädigt wird, haftfrei. [5]) Dagegen muß er die Gefahr des von ihm selber angeschafften Stoffes tragen,

---

1) BGB. 644. 2) BGB. 645 Abs. 1 Satz 1.
3) Siehe BGB. 645 Abs. 2. 4) BGB. 646.
5) BGB. 644 Satz 2.

es sei denn, daß er außer dem Anspruch auf Vergütung einen selbständigen Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen hätte.[6])

e) Die Regeln zu a—d stimmen mit dem preußischen Rechte überein[7]), sofern man Pr. LR. I, 11 § 967 nur auf vollendete Bauten bezieht und den vollendeten Bauten alle anderen nicht abnahmefähigen vollendeten Werke gleichstellt; doch unterscheidet das preußische Recht bezüglich des Gefahrübergangs nicht zwischen „Abnahme" und „Annahme". Das gemeine Recht ist bestritten.[8])

3. Bei den Regeln zu 2 und bei einer Reihe anderer später zu erörternder Regeln spielt der Begriff „Abnahme des bestellten Werkes" eine wichtige Rolle. Das Gesetz bestimmt diesen Begriff nicht weiter. Wir meinen, daß er enger sein muß als der Begriff der „Annahme": er umfaßt nur diejenige Annahme, die den Besteller zur Untersuchung des Werkes in Stand setzt.

Hiernach sind also Abnahme und Ablieferung (in dem oben S. 431, Abs. 1 bezeichneten Sinne) korrespondierende Begriffe. Sie beziehen sich beide auf den nämlichen Vorgang: „Ablieferung" heißt der Vorgang, wenn er vom Standpunkt des Unternehmers, „Abnahme" heißt er, wenn er vom Standpunkt des Bestellers aus ins Auge gefaßt wird. In gleicher Art korrespondieren die Begriffe „Annahme" und „Übergabe" mit einander.

Unsere Auslegung des Wortes „Abnahme" ist nicht zweifelsfrei. Indes ist sicher, daß das Gesetz „Annahme" und „Abnahme" nicht als gleichbedeutend nimmt. Und wie anders will man beide Begriffe unterscheiden? Auch scheint unsere Auslegung im ganzen sachgemäß zu sein; namentlich gestattet sie, den Beginn der Verjährung der ädilizischen Ansprüche bei Kauf und Werkvertrag gleichmäßig zu bestimmen (BGB. 477 „Ablieferung", BGB. 638: „Abnahme"). — Dementgegen meint Planck[9]): „Abnahme" sei diejenige „Annahme", welche eine Billigung des Werkes enthalte. Doch ist diese Auslegung schwerlich zutreffend. Man wende sie z. B. auf BGB. 638 an: das Ergebnis wäre, daß der Besteller die Verjährung seiner ädilizischen Ansprüche verhindert, wenn er bei Annahme des Werkes ganz formlos irgend eine Ausstellung macht; und zwar würde er die Verjährung seiner Ansprüche wegen aller Mängel des Werkes, nicht bloß wegen der Mängel, auf welche seine Ausstellung sich bezog, verhindern; denn solange er Ausstellungen macht, hat er nach Planck „nicht abgenommen". Auch ist es, wenn man Planck folgt, schlechthin unbegreiflich, daß BGB. 646 von Werken spricht, bei denen eine Abnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist; denn ein Werk, bei dem eine billigende Annahme ausgeschlossen ist, giebt es garnicht. Umgekehrt erklärt Schollmeyer S. 55[3] Abnahme und Annahme (Übergabe) für ganz gleichbedeutend.[10])

4. Die Regel, daß bei gegenseitigen Verträgen die Leistungen beider Parteien Zug um Zug auszuführen sind, läßt sich beim Werkvertrage nur bei abnahmefähigen Werken durchführen; siehe unten zu S. 525, 1.

II. Die einzelnen Verpflichtungen des Unternehmers.

1. a) Der Unternehmer muß das Werk rechtzeitig herstellen und liefern. Daß er die Herstellung persönlich besorgen müsse, ist, abweichend von der beim Dienstvertrage geltenden Regel, nicht bestimmt; er kann also nach Maßgabe der Verkehrssitte, die Arbeit auf dritte Personen als seine Vertreter übertragen („Entreprisevertrag"). Andererseits ist aber auch nicht, wie beim Dienstvertrage, bestimmt, daß er seine Leistungen bloß dem Besteller persönlich

6) Siehe unten S. 525, 2. 7) Pr. LR. I, 11 § 960 (128), 967.

8) Siehe Dernb. 2 § 113[20]; Örtmann Grünhuts Ztschr. 24 S. 1.

9) Anm. 1 zu § 640. 10) Ebenso anscheinend Endemann § 174[28].

zu machen brauche; letzterer kann also sein Anrecht auf das Werk sehr wohl an einen Dritten abtreten.

b) Der Unternehmer haftet ferner wie ein Verkäufer dafür, daß das Werk nicht mit Rechten Dritter belastet ist. [11])

c) Er steht endlich gleichfalls wie ein Verkäufer dafür ein, daß das Werk frei von Fehlern ist, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern, und daß es außerdem die von ihm positiv zugesicherten Eigenschaften besitzt. [12])

d) Bei den geschäftlichen Werkverträgen hat der Unternehmer die drei besonderen Verpflichtungen, die dem Dienstschuldner bei geschäftlichen Dienstverträgen obliegen, gleichfalls, also namentlich die Pflicht, sich streng an die Anweisungen des Bestellers zu halten. [13])

e) Bei nicht abnahmefähigen Werken muß er dem Besteller von dem Abschluß des Werkes Nachricht geben; erst mit dieser Nachricht kann das Werk als vollendet gelten. Im Gesetze ist dies nicht bestimmt, ist aber z. B. wegen des Beginnes der kurzen Verjährung (BGB. 638, 646) selbstverständlich.

2. Dadurch, daß der Besteller nach Vollendung des Werkes in Annahmeverzug gerät, wird der Unternehmer von seinen Verpflichtungen nicht befreit, muß vielmehr das Werk zur Verfügung des Bestellers halten oder nach den allgemeinen Regeln durch Selbsthülfeverkauf [14]) veräußern, behält aber dafür auch den Anspruch auf die volle vertragsmäßige Vergütung. — Ein Annahmeverzug des Bestellers kann aber auch schon vor Vollendung des Werkes vorkommen, namentlich in der Art, daß der Besteller bei Herstellung des Werkes mitzuwirken, z. B. sich zur Anprobe des nach Maß anzufertigenden Rockes beim Schneider einzufinden hat, seine Mitwirkung aber thatsächlich schuldhaft oder schuldlos unterläßt. Hier hat der Unternehmer ein zwiefaches Recht.

a) Er kann bei dem Vertrage stehen bleiben und seine Arbeitskraft dem Besteller zur Verfügung halten. Alsdann darf er für die Zeit, während deren der Besteller sich im Verzuge befindet, eine angemessene Entschädigung fordern; bei deren Bemessung ist einerseits auf die Länge der Wartezeit und die Höhe der vereinbarten Vergütung zu sehen; andererseits ist zu berücksichtigen, was der Unternehmer infolge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder schuldhaft (nicht bloß böswillig!) zu erwerben unterläßt. [15])

b) Er kann ferner den Vertrag kündigen. Doch muß er dem Besteller zugleich mit der Kündigung eine Frist zur Nachholung der ihm obliegenden Handlung setzen; erst mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist wird die

---

11) BGB. 434, 445. 12) BGB. 633.
13) BGB. 665—668, 675. Siehe oben S. 519 II, 2; 506, 5.
14) Siehe oben S. 349, 3 c. 15) BGB. 642. Vgl. oben S. 507[22].

Kündigung wirksam[16]); bis dahin muß der Besteller eine Entschädigung in der zu a genannten Art zahlen.

Die Regel zu a ist undeutlich: soll die vereinbarte Vergütung den Höchstbetrag der dem Unternehmer zukommenden Vergütung bilden oder soll sie nur einen Anhalt für die Berechnung einer vielleicht wesentlich höheren Schadensersatzsumme abgeben? Die Antwort ist um so zweifelhafter, als der Besteller, welcher den Unternehmer warten läßt, gänzlich schuldlos sein kann. Mit Rücksicht auf BGB. 304, wo dem in Annahmeverzug geratenen Gläubiger (freilich nur nach einer bestimmten Richtung hin) gleichfalls eine unbegrenzte Schadensersatzpflicht auferlegt wird, neige ich mich zu der dem Besteller ungünstigeren Ansicht. Danach würde A., der einen bei B. auf Montag für eine bestimmte Fahrt bestellten Wagen wegen plötzlicher Erkrankung warten läßt und nicht einmal abbestellen kann, nicht bloß die Taxe für die bestimmte Fahrt mit 12 Mark, sondern den ganzen dem B. entgangenen Tagesverdienst mit 30 Mark vergüten müssen, wenn B. wirklich den ganzen Montag auf A. gewartet hat.

Außer dem Wartegelde zu a kann der Unternehmer noch eine weitere Vergütung fordern, nämlich: 1. wenn der Besteller seine Mitwirkung später nachholt und das Werk vollendet wird, die volle vertragsmäßige Vergütung; 2. wenn der Vertrag durch Kündigung, Zeitablauf u. s. w. aufgehoben wird, einen Teil dieser vertragsmäßigen Vergütung, entsprechend seinen Bemühungen und Aufwendungen bis zum Beginn des gegnerischen Annahmeverzuges.[17])

3. Erfüllt der Unternehmer die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht, so kommen die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln zur Anwendung. Nur ist das Rücktrittsrecht des Bestellers, ähnlich wie bei der Miete und dem Dienstvertrage, wesentlich verschärft. Es greift nämlich auch dann Platz, wenn der Unternehmer nicht im Verzuge ist, sondern an der rechtzeitigen Lieferung des Werkes durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand, z. B. einen von ihm nicht verschuldeten Arbeiterstrike behindert wird[18]) (während von einer Schadensersatzpflicht des Unternehmers wegen Verspätung oder Nichterfüllung in diesem Falle nicht die Rede ist). Ferner gilt das Rücktrittsrecht auch dann, wenn der Unternehmer nur mit einem Teile des (teilbaren oder unteilbaren) Werkes im Rückstande ist, es müßte denn der rückständige Teil geradezu unerheblich sein.[19]) — Daß der Besteller, ehe er zurücktritt, dem Unternehmer regelmäßig eine Nachfrist geben muß[20]), stimmt dagegen mit den allgemeinen für sonstige gegenseitige Verträge geltenden Regeln im wesentlichen überein.[21])

4. Lasten auf dem Werke Rechte Dritter, so kommen die Regeln vom Kauf zur Anwendung.[22])

5. Besondere Vorschriften gelten für den Fall, daß der Unternehmer das bestellte Werk zwar liefert, aber nicht in ordnungsmäßiger Beschaffenheit. Diese Vorschriften sind denen des Kaufrechts nachgebildet, aber doch im einzelnen wesentlich von ihnen verschieden.

a) Zunächst wird nicht unterschieden, ob die ordnungswidrige Beschaffenheit des Werkes in eigentlichen Fehlern oder im Mangel der vom Unternehmer

---

16) BGB. 643. 17) BGB. 645. 18) Siehe oben S. 343, 3.
19) BGB. 636, 634 Abs. 3. 20) BGB. 636, 634 Abs. 1, 2.
21) Siehe oben S. 345 a. 22) BGB. 434 flg. 445. Siehe oben S. 409 flg.

zugesicherten Eigenschaften besteht; in dem einen wie in dem anderen Falle ist die Haftung des Unternehmers gleich „intensiv." [23])

b) Der Unternehmer muß auch für solche Mängel aufkommen, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes bloß unerheblich mindern. Doch hat er ihretwegen kein Wandelungsrecht.[24])

c) Von den Rechten, welche dem Käufer einer mangelhaften Sache zukommen, fehlt dem Besteller das Recht auf Umtausch. Dagegen stehen ihm wie dem Käufer die Rechte auf Wandelung, Preisminderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung und außerdem ein viertes Recht, welches dem Käufer fehlt, das Recht auf Ausbesserung des Werkes zu, vorausgesetzt, daß die Ausbesserung nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert; kommt der Unternehmer mit der Ausbesserung in Verzug, so kann der Besteller sie selbst besorgen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.[25])

d) Von den vier Rechten des Bestellers steht das Recht auf Ausbesserung im Vordergrunde. Der Besteller muß nämlich dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist zur Ausbesserung mit der Erklärung bestimmen, daß er nach dem Ablaufe der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne; erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist darf er die drei anderen Rechte geltend machen, während das Recht auf Ausbesserung nunmehr erloschen ist.[26])

Der Bestimmung der Ausbesserungsfrist bedarf es nicht, wenn die Ausbesserung unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung der anderen Rechte durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt ist. — Die Frist kann schon bestimmt werden, ehe das Werk abgeliefert ist, vorausgesetzt, daß sich der Mangel schon vorher gezeigt hat, muß aber so bemessen werden, daß sie keinesfalls vor dem Ablieferungstermin abläuft.[27])

e) Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht dem Besteller zu, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat.[28]) Dadurch wird er günstiger gestellt als der Käufer; denn dieser hat ja, soweit nur die „gesetzliche" Gewährschaft des Verkäufers in Frage steht, einen derartigen Anspruch bloß bei Arglist des Verkäufers; der Unternehmer ist dagegen schon bei geringem Verschulden schadensersatzpflichtig. Andererseits ist er auch ungünstiger gestellt als der Käufer; denn dieser hat, soweit es sich um die „vertragsmäßige" Gewährschaft des Verkäufers handelt, einen Anspruch auf Schadensersatz schlechthin; der Verkäufer hat eben für seine Zusicherungen unbedingt einzustehen; der Unternehmer ist dagegen (eine abweichende Abrede vorbehalten) haftfrei, sobald ihm die Herstellung eines seinen Zusicherungen entsprechenden Werkes ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist.

f) Nimmt der Besteller das Werk in Kenntnis der Mängel vorbehaltlos ab, so behält er den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, während ihm die anderen Rechte, einschließlich des Rechts auf Ausbesserung des Werkes, verloren gehen.[29])

---

23) Siehe oben S. 435. Nur die Beweisregel oben S. 436 d gilt auch hier.
24) BGB. 633 Abs. 1, 634 Abs. 3.
25) BGB. 633 Abs. 2, 3, 634, 635. 26) BGB. 634 Abs. 1.
27) BGB. 634 Abs. 1, 2. 28) BGB. 635.
29) BGB. 640 Abs. 2.

wenn er bei der Herstellung des Werkes mitzuwirken hat, zu dieser Mitwirkung nicht eigentlich verpflichtet: der Unternehmer kann demgemäß die Vollziehung der dem Besteller obliegenden Handlungen nicht im Prozeßwege erzwingen, sondern ist, wenn der Besteller in Verzug kommt, auf den Entschädigungsanspruch und das Kündigungsrecht, von dem bereits früher die Rede war [42]), beschränkt. Ferner hat der Besteller keine Pflicht der Fürsorge für die Person des Unternehmers: Werkvertrag und Dienstvertrag gehen in dieser Beziehung weit auseinander.

Beispiel. Die bei Frau A. beschäftigte Nätherin B. erkrankt schwer, weil das ihr zugewiesene Arbeitszimmer trotz herbstlicher Kälte nicht geheizt ist; sie wagt aus Angst vor Frau A. nicht um Heizung zu bitten. Frau A. ist haftpflichtig, wenn sie die B. zur Näharbeit für einen Tagelohn von 2 Mk. bestellt hatte; denn dann hätte sie sich ungebeten um die Heizung des Zimmers kümmern müssen. Sie ist haftfrei, wenn sie der B. die Anfertigung eines bestimmten Gesellschaftskleides für den festen Satz von 8 Mk. aufgegeben hatte; denn dann mußte die B. selber für sich sorgen, also ihrerseits auf der Heizung des Zimmers bestehen!

5. Verletzt der Besteller die ihm obliegenden Verpflichtungen, so greifen lediglich die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln Platz. [43]) Der Unternehmer hat also z. B. das gewöhnliche, nicht (wie im umgekehrten Falle der Besteller, wie die beiden Parteien beim Dienstvertrage u. s. w.) ein verschärftes Rücktrittsrecht. Ja, wenn es sich um die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache aus einem vom Unternehmer zu liefernden Stoffe handelt, hat der Unternehmer wegen Nichtbezahlung der bedungenen Vergütung überhaupt kein Rücktrittsrecht, sobald er das Werk abgeliefert und die Vergütung gestundet hat. [44])

6. Die den Verpflichtungen des Bestellers gegenüberstehenden Rechte des Unternehmers sind zunächst rein persönlicher Art. Doch steht dem Unternehmer außerdem ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers und bei Bauwerken ein Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu. [45]) Hiervon wird später im Pfandrecht zu handeln sein.

7. Die Pflichten des Bestellers können vertragsmäßig verschärft oder gemildert werden. Insbesondere kann der Besteller sich abweichend von der Regel 4 zur Mitwirkung bei der Herstellung des Werkes rechtsverbindlich verpflichten.

3. Aufhebung des Werkvertrages.

§ 149.

1. Durch bloßen Zeitablauf wird der Werkvertrag nur ausnahmsweise aufgehoben, nämlich nur, wenn für die Herstellung des Werkes, z. B. der Auf-

42) Siehe oben S. 522, 2. 43) Siehe oben S. 345.
44) BGB. 651, 454. Siehe oben S. 443⁹. 45) BGB. 647, 648.

führung eines Konzerts, ein Termin als schlechthin wesentlich festgesetzt worden ist.[1])

2. Weit wichtiger ist die Aufhebung des Werkvertrages durch Kündigung.

a) Der Besteller ist solange, als das Werk noch unvollendet ist, zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, nach freier Willkür. Doch bringt die Kündigung ihm nur geringen Vorteil. Denn er muß trotz der Kündigung die volle vereinbarte Vergütung entrichten und darf bloß abziehen, was der Unternehmer infolge der Aufhebung des Vertrages erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.[2])

b) Der Unternehmer hat nur dann ein Kündigungsrecht, wenn der Besteller die ihm obliegende Mitwirkung bei Herstellung des Werkes versäumt.[3])

Aus dem freien Kündigungsrecht des Bestellers ergiebt sich für den Vollmacht-Werkvertrag die Befugnis des Bestellers, die dem Unternehmer erteilte Vollmacht jederzeit willkürlich zu widerrufen.[4])

3. Über das Rücktrittsrecht des Bestellers und Unternehmers s. oben S. 523, 3; 526 b; 527, 5.

4. a) Der Tod des Unternehmers hebt den Werkvertrag auf, wenn das Werk eine höchst persönliche z. B. künstlerische Leistung seinerseits oder wenn das Werk eine Geschäftsbesorgung ist.[5])

b) Der Tod des Bestellers hat aufhebende Wirkung nur, wenn das Werk lediglich für seine Person bestimmt ist, z. B. ein beim Zahnarzt bestelltes Gebiß.[6])

Selbstverständlich wird der Werkvertrag auch dann aufgehoben, wenn die Herstellung des Werks anderweit unmöglich wird, s. oben S. 331.

5. Ein geschäftlicher Werkvertrag kann noch einige Zeit nach seiner Aufhebung eine gewisse Nachwirkung ausüben. Die oben für den geschäftlichen Dienstvertrag entwickelten Regeln gelten entsprechend.[7])

6. Die Regeln zu 1—5 können vertragsmäßig abgeändert werden. Insbesondere kann der Besteller auf sein freies Kündigungsrecht und sogar auf den Widerruf der dem Unternehmer erteilten Vollmacht[8]) verzichten. Ebenso kann er umgekehrt ausmachen, daß er im Falle der Kündigung nicht die volle Vergütung, sondern nur ein Reugeld zu zahlen habe.

---

1) Siehe oben S. 352, 4. 2) BGB. 649. 3) Siehe oben S. 522, 2.
4) BGB. 168. 5) BGB. 673, 675. 6) Siehe BGB. 672, 675.
7) BGB. 672—675. Siehe oben S. 515, 9. 8) Siehe oben S. 221 e.

X. Der Auftrag.

§ 150.

I. Begriff.

1. Der Auftrag hat zum Inhalt, daß die eine der Parteien, der Beauftragte, sich zur Besorgung eines ihr von der Gegenpartei übertragenen Geschäfts verpflichtet, ohne daß die Gegenpartei, der Auftraggeber, die Leistung eines Entgeltes übernimmt. [1]) Sonach hebt sich der Auftrag scharf von dem Dienst- und Werkvertrage ab: er ist unentgeltlich, während Dienst- und Werkvertrag entgeltlich sind; außerdem geht er immer auf eine „Geschäftsbesorgung", während Dienst- und Werkvertrag auch auf Dienste und Arbeiten anderer Art gerichtet sein können.

2. Der Auftragbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches hat in dem bisherigen Rechte kein Vorbild. Hier wird vielmehr der „honorierte" Auftrag ebenso behandelt wie der unentgeltliche. [2])

3. Trotz aller begrifflichen Verschiedenheit ist der Auftrag dem Dienst- und Werkvertrage, und zwar ganz besonders dem geschäftlichen Dienstvertrage [3]) nahe verwandt, ähnlich wie ja auch Leihe und Miete Gegensätze sind und dennoch in naher Verwandtschaft mit einander stehen. Die folgende Darstellung wird deshalb den Auftrag stets im Vergleich mit dieser Art des Dienstvertrages behandeln.

II. Zuvörderst ist schon der Gegenstand bei dem Auftrage der gleiche wie bei dem geschäftlichen Dienstvertrage, nämlich eine „Geschäftsbesorgung" in dem früher entwickelten Sinne. [4]) Demnach gehört namentlich der Auftrag, ein Rechtsgeschäft im Namen des Auftraggebers abzuschließen („Vollmachtsauftrag") hierher. — Nichtgeschäftliche Dienste eignen sich für ein Auftragsgeschäft nicht.

Beispiel. Es ist kein „Auftrag", wenn A. seinen Schüler B. nach Paris schickt, damit dieser dort auf eigene Kosten für eine von A. unternommene wissenschaftliche Arbeit Bibliotheksstudien treibe.

III. Auch der Abschluß des Auftragsgeschäfts unterliegt den gleichen Regeln, wie der Abschluß eines geschäftlichen Dienstvertrages. [5])

IV. Rechtsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber.

1. a) Anders als der geschäftliche Dienstvertrag zählt der Auftrag nicht zu den gegenseitigen Verträgen, sondern begründet ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis. [6])

---

1) BGB. 662.

2) Windscheid § 409⁷, Dernb. Pr. Pr. 2 § 180⁴ (s. aber Pr. LR. I, 13 § 56); sächs. b. GB. 1299; c. c. 1986.

3) Abw. Endemann § 177, 1 b: der Auftrag sei wie der Werkvertrag auf das Bewirken eines bestimmten Erfolges abgestellt.

4) Siehe oben S. 501, 1. 5) BGB. 663. Siehe oben S. 503, 2.

6) Siehe oben S. 299.

b) Die Gefahr des Auftrages liegt lediglich beim Auftraggeber: wenn der Beauftragte den ihm erteilten Auftrag trotz pflichtmäßigen Bemühens nicht auszuführen vermag, treffen die Nachteile, nämlich die vergeblich aufgewendeten Kosten, nicht ihn, sondern allein den Auftraggeber.

2. Die Pflichten des Beauftragten stimmen mit denen des Dienstschuldners bei einem geschäftlichen Dienstvertrage überein.[7]) So groß der Unterschied thatsächlich ist, daß der Dienstschuldner für seine Bemühungen bezahlt wird, der Beauftragte dagegen umsonst arbeitet, so wenig nimmt das Gesetz bei Bemessung der Verpflichtungen beider darauf Rücksicht. Insbesondere ist keine Rede davon, daß der Beauftragte etwa, wie ein Schenker oder Verleiher, bloß für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hätte.[8]) Nur in einer einzigen Beziehung erfreut er sich einer Haftmilderung: wird ihm nämlich gestattet, die Geschäftsbesorgung einem Dritten zu überlassen, so steht er für den Dritten nur ein, wenn ihm selber bei dessen Auswahl oder Instruktion ein Verschulden zur Last fällt.[9]) Doch gilt diese Haftmilderung eben nur, wenn dem Dritten das Geschäft wirklich überlassen, nicht aber, wenn der Dritte als bloßer Gehülfe des Beauftragten zur Geschäftsbesorgung zugezogen ist; in letzterem Falle verbleibt es vielmehr bei der gewöhnlichen strengen Haftung. — Die Unbilligkeit, die in der Gleichstellung der Pflichten des Dienstschuldners und des Beauftragten liegt, wird einigermaßen dadurch ausgeglichen, daß letzterer den Auftrag nach Willkür kündigen kann, während jener ein Kündigungsrecht nur aus wichtigen Gründen hat.

3. Auch die Verpflichtungen des Auftraggebers stimmen mit denen des Dienstberechtigten bei einem geschäftlichen Dienstvertrage insoweit überein, als sie die Auslagen des Beauftragten betreffen.[10]) Im übrigen gehen dagegen die Verpflichtungen beider weit auseinander: der Auftraggeber ist nicht bloß von der Verpflichtung, dem Beauftragten für dessen Mühewaltung eine Vergütung zu zahlen, frei, sondern braucht auch für die Person des Beauftragten keine Fürsorge zu treffen.

V. Aufhebung des Auftragsverhältnisses.

1. Hier greift eine wichtige Verschiedenheit zwischen dem Auftrage und dem geschäftlichen Dienstvertrage Platz: der Auftrag kann beiderseits ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach freier Willkür gekündigt werden.[11]) Doch soll der Beauftragte sein Kündigungsrecht nicht zur Unzeit gebrauchen: vielmehr darf er nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund, z. B. eine erhebliche Erkrankung, die unzeitige Kündigung

7) BGB. 664—668. Siehe oben S. 506, 5.

8) Abw. Pr. LR. I, 13 § 55: der Beauftragte haftet in der Regel bloß für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

9) BGB. 664. Ebenso Pr. LR. I, 13 § 39.

10) BGB. 669, 670, oben S. 509, 2. Siehe Eisele, Arch. f. civ. Pr. 84 S. 319.

11) BGB. 671 Abs. 1.

rechtfertigt. Verletzt der Beauftragte diese Vorschrift, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.[12]) — Diese Regeln sind nicht zwingenden Rechtes. Insbesondere können sowohl der Auftraggeber wie der Beauftragte auf das freie Kündigungsrecht verzichten; doch ist der Verzicht des Beauftragten unwirksam, wenn ein wichtiger Grund zur Kündigung des Auftrages vorliegt.[13])

2. Im übrigen kommen die gleichen Regeln zur Anwendung wie bei dem geschäftlichen Dienstvertrage. So namentlich die vom bisherigen Rechte[14]) abweichende Regel, daß der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers im Zweifel den Auftrag nicht aufheben; ebenso die Vorschrift, daß der Auftrag auch nach seiner Aufhebung zeitweise eine beschränkte Rechtswirkung ausübt.[15])

XI. Die Anweisung.[1])

§ 151.

I. Begriff.

1. Bei der Anweisung sind drei Personen beteiligt, der Anweisende, der Angewiesene, der Empfänger: der Anweisende ermächtigt nämlich den Angewiesenen, für seine, des Anweisenden, Rechnung eine Geldzahlung oder sonstige Leistung[2]) an den Empfänger zu vollziehen, und er ermächtigt zweitens den Empfänger, ebendiese Leistung vom Angewiesenen in eigenem Namen einzufordern.

2. Die Anweisung enthält eine doppelte „Ermächtigung".

a) Sie enthält also nicht etwa eine doppelte Vollmacht: denn sowohl der Angewiesene wie der Empfänger treten nicht als Bevollmächtigte, als Stellvertreter des Anweisenden, sondern in eigenem Namen auf.

b) Ebensowenig enthält sie einen doppelten Auftrag: der Angewiesene „darf" leisten, der Empfänger „darf" die Leistung einfordern; sie „brauchen" es aber beide nicht. Doch kann mit der Anweisungsermächtigung auch ein wirklicher Auftrag verbunden werden, sei es an den Angewiesenen, sei es an den Empfänger.[3])

3. Der Anweisung nahe steht der Zahlungs- und der Einziehungsauftrag. Doch steckt (von anderen Unterschieden, die sich daraus ergeben, daß die An-

12) BGB. 671 Abs. 2. 13) BGB. 671 Abs. 3.

14) Windscheid § 411⁴ Pr. LR. I, 13 § 186; sächs. b. GB. 1324; c. c. 2003. Siehe aber HGB. I 54, 297; ZPO. § 86.

15) BGB. 672—674. Siehe oben S. 519, 9.

1) Cohn in Endemanns Handb. des Handelsrechts 3 S. 1093 (85), Wendt, das allgemeine Anweisungsrecht (95), Lenel, Jahrb. f. Dogm. 36 S. 113.

2) Siehe unten zu II. 3) Siehe unten S. 537, 2, 3.

weisung überhaupt kein „Auftrag" ist[4]), ganz abgesehen), in jedem dieser Aufträge nur eine der beiden Ermächtigungen, welche bei der Anweisung miteinander charakteristisch verbunden werden, nämlich im Zahlungsauftrage nur die Ermächtigung, die Leistung für Rechnung des Auftraggebers zu vollziehen, im Einziehungsauftrage nur die Ermächtigung, die Leistung einzufordern. Die Folge ist, daß der Auftraggeber sowohl den Zahlungs- wie den Einziehungsauftrag solange widerrufen kann, als der Beauftragte ihn nicht thatsächlich durch Vollziehung oder erfolgreiche Einforderung der Leistung ausgeführt hat. Die Anweisung ist dagegen schon dann unwiderruflich, wenn der Angewiesene sie formell „angenommen", d. h. ihre thatsächliche Ausführung dem Empfänger bloß versprochen hat.[5]) Denn das ist eben der Sinn der in der Anweisung enthaltenen Doppelermächtigung, daß der Angewiesene und der Empfänger sich auf Rechnung des Anweisenden schon vor der thatsächlichen Ausführung der Anweisung in unmittelbare rechtliche Beziehung setzen dürfen.

4. a) Sehr häufig wird die Anweisung zur Bezahlung von Schulden benutzt: Anweisung auf Schuld. Wir unterscheiden dabei drei Fälle: I. der Gläubiger stellt über den Betrag seiner Forderung eine Anweisung auf den Schuldner aus, sodaß Gläubiger und Anweisender, Schuldner und Angewiesener die nämlichen Personen sind; II. der Schuldner stellt über den Betrag seiner Schuld eine Anweisung zu gunsten seines Gläubigers aus, sodaß Schuldner und Anweisender, Gläubiger und Empfänger die nämlichen Personen sind; III. jemand hat den nämlichen Betrag, den er seinem Gläubiger schuldig ist, von einem Dritten zu fordern und stellt nun sowohl über den Betrag seiner Forderung wie über den seiner Schuld eine einzige Anweisung aus, sodaß er, der Anweisende, zugleich Gläubiger und Schuldner, der Angewiesene nur Schuldner, der Empfänger nur Gläubiger ist.

b) Die Anweisung tilgt im Falle I die Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen, im Falle II die Forderung des Empfängers gegen den Anweisenden, im Falle III alle beide Forderungen. Die Tilgung erfolgt aber nicht schon dadurch, daß die Anweisung ausgestellt und dem Empfänger ausgehändigt, und auch nicht, wie in Rom[6]), dadurch, daß sie vom Angewiesenen angenommen, sondern erst dadurch, daß sie vom Angewiesenen bezahlt wird:[7]) sie gilt also selber nicht als Zahlung, sondern nur als Vorbereitung dazu.

c) Demgemäß kann ein Gläubiger, der von seinem Schuldner zum Zwecke seiner Befriedigung eine Anweisung bekommen hat, stets unter Rückgabe dieser Anweisung auf seine ursprüngliche Forderung zurückgreifen.

d) Die Anweisung kann zur Schuldenbezahlung nur benutzt werden, wenn sowohl der Gläubiger als der Schuldner damit aus freien Stücken einver-

---

4) Siehe oben zu 2 b. 5) BGB. 790.

6) Siehe Dernb. 2 § 119[10].

7) BGB. 787 Abs. 1, 788. Ebenso Pr. LR. I, 16 § 261.

standen sind. Es braucht also kein Gläubiger darauf einzugehen, daß der Schuldner ihn auf dem Umwege der Anweisung befriedigt; und es braucht kein Schuldner darauf einzugehen, daß der Gläubiger seine Befriedigung bei ihm auf dem Umwege der Anweisung sucht. Jener kann die Entgegennahme, dieser kann die Bezahlung der Anweisung ablehnen.[8])

e) Alle diese Regeln sind aber selbstverständlich nicht zwingenden Rechts. Es ist insbesondere eine Abrede zulässig, wonach der Gläubiger, der von seinem Schuldner eine Anweisung bekommen hat, damit seine ursprüngliche Forderung preisgiebt, sei es einstweilig, sodaß er wenigstens in erster Reihe die Anweisung geltend machen muß und auf die ursprüngliche Forderung erst dann zurückgreifen darf, wenn der Angewiesene die Bezahlung der ihm vorgelegten Anweisung abgelehnt hat, sei es endgültig.

5. Die Anweisung wird aber auch zu anderen Zwecken benutzt als zur Bezahlung von Schulden. So wird sie häufig mit der Vereinbarung gegeben, daß der Empfänger den Anweisungsbetrag zwar in eigenem Namen, aber für Rechnung des Anweisenden einzuziehen habe: Anweisung zum Inkasso; genau besehen, handelt es sich hier freilich um einen Mißbrauch der Anweisungsform: denn hier würde ein gewöhnlicher Einziehungsauftrag die gleichen Dienste leisten. Ferner kommt eine Anweisung auf Kredit vor: der Empfänger soll den Anweisungsbetrag für eigene Rechnung erheben, aber nach Ablauf der Kreditfrist den Wert an den Anweisenden erstatten. Auch eine Anweisung zur Schenkung ist möglich: der Empfänger soll den Anweisungsbetrag als Geschenk des Anweisenden behalten; freilich wird diese Schenkung (weil sie ein bloßes Schenkungsversprechen darstellt)[8a]) erst mit der Bezahlung der Anweisung gültig.

6. Eine große Rolle spielt die Anweisung im Handelsrecht als Check, Kreditbrief und gezogener Wechsel. Doch kann von diesen handelsrechtlichen Bildungen hier nicht weiter die Rede sein.[9])

II. Gegenstand der Anweisung.

1. Eine Anweisung kann nur auf die Leistung vertretbarer, d. h. bloß der Gattung nach bestimmter Sachen und Wertpapiere gehn.[10]) Am häufigsten ist sie auf eine Geldleistung gerichtet. Wir werden deshalb im Folgenden ausschließlich von Geldanweisungen sprechen.

2. Die Leistung kann sofort bei Vorzeigung der Anweisung („auf Sicht") oder erst nach Ablauf einer Frist zu bewirken sein.

3. Sie ist meistens streng einseitig, kann aber auch von Gegenleistungen abhängig gemacht werden.

---

8) BGB. 787 Abs. 2. Abw. Pr. LR. I, 16 § 256. 8a) BGB. 518.
9) Siehe m. Lehrb. d. Handelsrechts § 46 flg., 58—61.
10) BGB. 783.

III. Abschluß des Anweisungsgeschäfts.

1. Die Anweisung kommt durch einen Formalvertrag zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger zustande. Die vorgeschriebene Form ist die Ausstellung einer einseitigen schriftlichen Erklärung des Anweisenden und die Aushändigung dieser Erklärung an den Empfänger.[11])

Ein Beispiel einer Anweisung ist folgendes Schreiben: M., den 3. März 1900. Nach drei Monaten zahlen Sie gegen diese meine Anweisung an C. 10000 Mark.
An B. in N. A.

2. a) Hiernach sind bei dem eigentlichen Anweisungsgeschäft nur der Anweisende und der Empfänger thätig, während der Angewiesene zunächst passiv bleibt. Charakteristisch ist vor allem, daß die Anweisung von dem Anweisenden nicht etwa unmittelbar an den Angewiesenen übersendet, sondern zunächst dem Empfänger ausgehändigt wird, auf daß dieser sie dem Angewiesenen vorlege.

b) Doch kann der Angewiesene, wie schon früher angedeutet, aus seiner passiven Haltung dadurch heraustreten, daß er die Anweisung annimmt, sei es im voraus, noch ehe die Anweisung dem Empfänger ausgehändigt wird, sei es nachträglich. Auch diese „Annahme" bedarf der Schriftform; und zwar muß sie auf der Anweisungsurkunde selbst, nicht etwa in einem eigenen Schriftstück erklärt werden.[12])

c) Die Annahme ist kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft des Angewiesenen. Allerdings wird sie, ebenso wie die Anweisung selbst, erst durch die Aushändigung an den Empfänger wirksam.[13]) Die Aushändigung ist aber auch dann gültig, wenn sie gegen den Willen des Angewiesenen geschieht.

Beispiel. B. hat die zu 1 genannte Anweisung des A. angenommen; noch ehe die Anweisung an C. ausgehändigt wird, kommen A. und B. überein, daß die Annahme B.'s rückgängig gemacht werde und A. die Anweisung vernichten solle; A. ist aber wortbrüchig und händigt die Anweisung an C. aus. B. ist dem C. verpflichtet, obschon er mit diesem einen Vertrag garnicht abgeschlossen und den mit A. abgeschlossenen Vertrag wieder aufgehoben hat.

3. Die Formvorschriften zu 1 und 2 bedeuten, daß die im folgenden darzustellenden Regeln (teilweise) auf formgerechte Anweisungen beschränkt sind, nicht aber, daß eine formwidrige Anweisung oder Annahme aller Rechtswirkung entbehre. Eine mündliche Anweisung (und Annahme) ist vielmehr völlig gültig, und entbehrt nur der spezifischen vom Gesetz an die echte schriftliche Anweisung (und Annahme) geknüpften Wirkungen.

IV. Rechtsverhältnisse der Beteiligten.

Die Anweisung und deren Annahme seitens des Angewiesenen begründet eine Reihe streng einseitiger Schuldverhältnisse. Es stehen sich nämlich als Gläubiger und Schuldner gruppenweise gegenüber 1. der Empfänger und der Angewiesene, 2. der Angewiesene und der Anweisende, 3. der Anweisende und der Empfänger.

1. Der Empfänger und der Angewiesene.

a) Wenn die Anweisung nicht angenommen ist, fehlen Rechtsbeziehungen

11) Siehe BGB. 783. 12) BGB. 784 Abs. 2.
13) BGB. 784 Abs. 2.

zwischen dem Empfänger und dem Angewiesenen ganz. Allerdings ist der Empfänger zur Erhebung, der Angewiesene zur Auszahlung der in der Anweisung genannten Summe „ermächtigt“. Aber diese Ermächtigung wirkt nur gegenüber dem, der sie begründet hat, gegenüber dem Anweisenden. Untereinander sind dagegen der Empfänger und der Angewiesene machtlos: weder kann jener, wenn der Angewiesene nicht zahlen will, auf die Zahlung klagen[14]), noch kann dieser den Empfänger zur Entgegennahme des Anweisungsbetrages nötigen.

b) Ganz anders ist die Rechtslage, wenn der Angewiesene die Anweisung angenommen hat. Alsdann ist er dem Empfänger für die Bezahlung der Anweisungssumme unmittelbar verhaftet, mag er auch die Annahme nicht ihm, sondern dem Anweisenden gegenüber erklärt haben. Und zwar zeigt sich jetzt, was es bedeutet, daß der Empfänger zur Erhebung der angewiesenen Summe „im eigenen Namen“ ermächtigt war. Die Annahme giebt nämlich dem Empfänger ein selbständiges Forderungsrecht, völlig unabhängig von den Rechtsbeziehungen zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden. Demgemäß kann der Angewiesene sich auf diese Rechtsbeziehungen dem Empfänger gegenüber nicht einmal einwandweise berufen, es müßte denn der Einwand aus dem Texte der Anweisung hervorgehen oder in der Annahmeerklärung besonders vorbehalten sein.[15])

Beispiele. Der Angewiesene kann sich, wenn er einmal angenommen hat, nicht darauf berufen, daß die Anweisung gefälscht[16]) oder vom Anweisenden (vor oder nach der Annahme) widerrufen war, daß er Gegenforderungen gegen den Anweisenden habe, daß er irrtümlich geglaubt habe, den Anweisungsbetrag dem Anweisenden schuldig zu sein, daß er vom Anweisenden zu der Annahme durch Betrug verleitet worden sei u. s. w. Dagegen kann er einwenden, daß seine Annahmeerklärung absolut (also nicht bloß gegenüber dem Anweisenden) ungültig, z. B. erzwungen oder simuliert sei; ebenso kann er aus seinen persönlichen Rechtsbeziehungen zum Empfänger Einwendungen aller Art entnehmen.[17])

c) Die Rechte des Empfängers zu b können nur gegen Aushändigung der Anweisung geltend gemacht werden.[18]) Sie verjähren in drei Jahren.[19])

d) Den Rechten des Empfängers stehen Rechte des Angewiesenen nicht gegenüber.

2. Der Angewiesene und der Anweisende.

a) Der Angewiesene hat das Recht, von dem Anweisenden Ersatz für die Bezahlung der Anweisung zu fordern.[20]) Denn er war ja ermächtigt, die Zahlung „für Rechnung des Anweisenden“ zu bewirken. Dies Recht fällt fort, wenn

---

14) Anders Pr. LR. I, 16 § 281, 285.

15) BGB. 784 Abs. 1. Ebenso HGB. I 301, 303; sächs. b. GB. 1333. Das gemeine und preuß. Recht ist zweifelhaft: siehe Dernb. 2 § 111[9]; ders. Pr. Pr. 2 § 54, 2a; Cohn, § 451[58]; Eccius § 95[41]. Siehe auch unten S. 581 c („reines“ Schuldversprechen).

16) Zweifelhaft. Vgl. Dernb. 2 § 54[8]. 17) BGB. 784 Abs. 1.

18) BGB. 785.

19) BGB. 786. Das Vorbild dieser Vorschrift ist Wechselordn. 77.

20) Nach sächs. b. GB. 1332, wenn er die Anw. angenommen hatte, sogar pränumerando!

der Anweisende die Anweisung widerrufen hat; dazu ist der Anweisende nach freier Willkür berechtigt, mag er auch dem Empfänger gegenüber auf das Widerrufsrecht verzichtet haben.[21]) Nur muß er den Widerruf gerade dem Angewiesenen erklären. Auch muß er, wie schon früher bemerkt, den Widerruf erklären, ehe der Angewiesene die Anweisung bezahlt oder angenommen hat.[22])

Genügt es, daß der Anweisende, statt den Widerruf dem Angewiesenen zu erklären, sich die Anweisung vom Empfänger zurückgeben läßt? Die Frage ist zu bejahen. Denn BGB. 785 bestimmt, daß der Angewiesene nur gegen Aushändigung der Anweisung zu zahlen „verpflichtet" ist. Diese Regel ist dahin auszulegen, daß er auch nur gegen Aushändigung der Anweisung zu zahlen „ermächtigt" ist. Sonach braucht der Anweisende eine Zahlung des Angewiesenen nicht anzuerkennen, solange er selber die Anweisung in Händen hält.

Hat der Angewiesene eine ungültige, z. B. gefälschte Anweisung ausbezahlt, so hat er einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden nicht, es sei denn, daß sich aus dem zwischen dem Angewiesenen und Anweisenden getroffenen Nebenabreden ein anderes ergiebt.[23])

b) Ein Gegenrecht hat der Anweisende nicht.

3. Der Anweisende und der Empfänger.

a) Der Anweisende hat das Recht, daß der Empfänger die Anweisung entweder dem Angewiesenen zur Zahlung schleunigst vorlegt oder, falls er dies nicht kann oder nicht will, dem Anweisenden unverzüglich Nachricht giebt. Auch kann er verlangen, daß, wenn der Angewiesene sich weigert, die Anweisung zu bezahlen oder anzunehmen, der Empfänger ihm dies unverzüglich mitteilt.[24])

b) Ein Gegenrecht steht dem Empfänger nicht zu.

V. Die Regeln zu IV sind auffallend dürftig. Dies erklärt sich dadurch, daß sie lediglich aus der Anweisung als solcher abgeleitet sind. Nun wird aber die Anweisung regelmäßig von anderweiten Vereinbarungen zwischen den Beteiligten vorbereitet und begleitet. Und es ist einfach selbstverständlich, daß das Bild, welches man von den Rechtsbeziehungen der Beteiligten gewinnt, wenn man sie lediglich nach dem Wortlaut der Anweisung beurteilt, durch die Berücksichtigung dieser anderweiten Vereinbarungen völlig verschoben werden kann; insbesondere zeigt sich alsdann, daß das Schuldverhältnis zwischen je zwei der Beteiligten durchaus nicht einseitig zu sein braucht. — Daß die Anweisung derartige Nebenabreden nicht in ihren Text aufnimmt, hat verschiedene Gründe: am einleuchtendsten ist der Grund, daß jede Nebenabrede nur zwei der Beteiligten angeht, also in den für alle drei Beteiligten bestimmten Anweisungstext thatsächlich nicht hineingehört.

1. Die geringste Bedeutung haben die Nebenabreden für das Verhältnis zwischen dem Empfänger und dem Angewiesenen. Denn diese beiden werden meistens erst zusammengeführt, wenn das Anweisungsgeschäft bereits zustande gekommen ist: die fertige Anweisung ist das einzige Band, welches sie verbindet. So sehen sie von besonderen Nebenabreden ab.

---

21) BGB. 790. 22) Siehe oben S. 532.
23) Siehe unten S. 537, 3 b und oben S. 509, 2 b. 24) BGB. 789.

2. Dagegen sind höchst bedeutsam die Nebenabreden zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen. Sie können z. B. eine Verpflichtung des Angewiesenen begründen, die Anweisungen des Anweisenden bis zu einem gewissen Höchstbetrage anzunehmen oder auch ohne vorhergehende Annahme zu bezahlen; alsdann kann der Anweisende den Angewiesenen auf Erfüllung dieser Pflicht verklagen und bei schuldhafter Zurückweisung einer seiner Anweisungen Schadensersatz fordern; dagegen kann der Empfänger sich auf die Verpflichtung des Angewiesenen nicht berufen: denn jene Vereinbarung ist (wenigstens im Zweifel) nicht als ein zu seinen Gunsten abgeschlossener Vertrag anzusehen, sondern wirkt nur zu gunsten des Anweisenden.[25]) Ferner kann der Anweisende nicht bloß die nachträgliche Erstattung dessen, was der Angewiesene auf die Anweisung bezahlen wird, sondern die vorschußweise Einzahlung des Anweisungsbetrages, außerdem eine Provision, Zinsen u. dgl. versprechen u. s. w.

3. Fast noch wichtiger sind die Nebenabreden zwischen dem Anweisenden und dem Empfänger. Sie können, ohne daß sie in dem Anweisungstext irgend wie zum Ausdruck kommen, die Rechtsbeziehungen dieser beiden Parteien höchst mannigfach gestalten. Anknüpfend an die früher[26]) aufgezählten Anweisungsarten haben wir folgendes hervorzuheben.

a) Bei der Anweisung zum Inkasso ist der Empfänger zur schleunigen Erhebung des Anweisungsbetrages verpflichtet. Bei den anderen Anweisungen läßt sich dagegen eine solche Pflicht im Zweifel nicht feststellen[27]): es verbleibt hier vielmehr bei der Regel, daß der Empfänger zur Erhebung des Anweisungsbetrages nur „ermächtigt" ist; daß der Empfänger, der von dieser Ermächtigung absichtlich keinen Gebrauch machen will, dies dem Anweisenden unverzüglich anzeigen muß[28]), ist schon früher erwähnt.

b) Bei der Anweisung zum Inkasso ist davon keine Rede, daß der Empfänger bei Nichtbezahlung der Anweisung den Anweisungsbetrag rückgreifend vom Anweisenden fordern dürfte, er müßte denn diesen Betrag dem Anweisenden vorgeschossen haben. Dagegen wird bei den anderen Anweisungen ein solches Rückgriffsrecht sehr häufig Platz greifen. Denn es liegt hier sehr nahe, daß der Anweisende die Gewähr für die pünktliche Bezahlung der Anweisung hat übernehmen wollen; ganz selbstverständlich ist freilich eine solche Gewährleistung auch hier nicht.

VI. Übertragung der Anweisung.[29])

1. Die Anweisung kann von dem Empfänger vertragsmäßig auf einen Dritten übertragen werden, mag sie angenommen sein oder nicht. Die Übertragung ist vom Empfänger schriftlich zu erklären, sei es durch einen Vermerk auf der Anweisung, sei es durch selbständige Urkunde; sie wird gegen den An=

---

25) Cohn S. 1103[61]. 26) Oben S. 533, 5.

27) Abw. Pr. LR. I, 16 § 227 (der Empfänger muß die Anw. binnen 14 Tagen präsentieren).

28) Siehe oben S. 536, 3 a. 29) BGB. 792.

weisenden und Angewiesenen erst durch die Aushändigung der Anweisung an den Dritten wirksam.

Der Anweisende kann die Übertragung ausschließen. Die Ausschließung ist aber gegenüber dem Angewiesenen nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen oder dem Angewiesenen rechtzeitig mitgeteilt ist.

2. a) Der Dritte ist aus der auf ihn übertragenen Anweisung nicht verpflichtet. Dagegen hat er aus der Anweisung, sobald diese angenommen ist, ein Recht gegen den Angewiesenen; dies Recht ist, wenn die Annahme dem Dritten gegenüber geschah, ein eigenes selbständiges Recht, unabhängig von den Rechtsbeziehungen zwischen dem Angewiesenen und dem Empfänger; ist dagegen die Annahme gegenüber dem Anweisenden oder dem Empfänger geschehen, so ist der Dritte einfach Rechtsnachfolger des Empfängers. Gegen den Anweisenden oder den Empfänger hat der Dritte dagegen kein Recht.

b) Die Regeln zu a können vertragsmäßig abgeändert werden, z. B. dahin, daß der Empfänger auch seine Rechte gegen den Anweisenden an den Dritten abtritt oder für seine Person die Bezahlung der Anweisung gewährleistet.

3. Der Dritte kann die Anweisung an einen Vierten abtreten u. s. w.

VII. Aufhebung der Anweisung.

Sie tritt ein durch Widerruf, durch Vernichtung der Anweisungsurkunde [30]), durch Zahlung des Anweisungsbetrages. Daß einer der Beteiligten stirbt oder geschäftsunfähig wird, hebt dagegen die Anweisung nicht auf. [31])

XII. Der Mäklervertrag. [1])

§ 152.

I. Begriff. 1. Der Mäklervertrag geht dahin, daß eine Partei, der Mäkler, sich bereit erklärt, zwischen der anderen Partei und einem Dritten einen Vertragsschluß bestimmten Inhalts zu vermitteln, während die andere Partei, der Auftraggeber, für den Fall, daß durch des Mäklers Vermittelung der Vertragsschluß wirklich zustande kommt, die Entrichtung eines Mäklerlohns übernimmt. [2])

2. Der Mäklervertrag steht dem Werkvertrage nahe: denn der Mäkler hat einen Lohnanspruch nur dann, wenn die ihm aufgetragene Vermittlerarbeit erfolgreich ist, nämlich einen Vertragsschluß wirklich herbeiführt. Doch unterscheidet sich der Mäklervertrag vom Werkvertrage dadurch, daß der Mäkler sich zu seiner Vermittlerthätigkeit nur bereit zu erklären, nicht aber sich zu verpflichten braucht. [3])

30) Siehe oben S. 536 Abs. 2. S. auch Konk.Ordn. 23. 31) BGB. 791.

1) Riesenfeld bei Gruchot Bd. 37 S. 27 flg. Neubauer, bei K. und R. 6 S. 1.

2) Siehe BGB. 652. 3) Siehe unten 540[15].

3. Besondere Regeln gelten für den handelsrechtlichen Mäklervertrag. Sie sind im Handelsrechte darzustellen.[4])

4. Bezüglich der Gesindemäkler bleibt das Landesrecht in Kraft.[5])

II. 1. Gegenstand des Mäklervertrages ist die Vermittelung von Vertragsschlüssen aller Art, z. B. von Grundstücksverkäufen, Hypothekengeschäften, Dienst-, Fracht-, Versicherungsverträgen, Eheschließungen u. s. w.

2. Geht der Mäklervertrag auf die Vermittelung einer Eheschließung, so ist seine Rechtswirkung in gleicher Art abgeschwächt wie die eines Spielvertrages.[6]) Insbesondere kann der Mäkler seinen Anspruch auf Mäklerlohn nicht einklagen; umgekehrt kann der Auftraggeber den Mäklerlohn, wenn er ihn freiwillig bezahlt hat, nicht als Zahlung einer Nichtschuld zurückfordern.[7]) Offenbar sieht das Gesetz die entgeltliche Heiratsvermittelung zwar nicht als unsittlich, aber doch als anstößig an und will ihr deshalb den Rechtsweg verschließen.

BGB. 650 versagt den Rechtsweg ausdrücklich nur bei den Lohnansprüchen des Mäklers. Doch muß ein Gleiches auch für anderweite Ansprüche sowohl des Mäklers wie des Auftraggebers gelten. Letzterer macht z. B. eine Reise, um die künftige Braut zu besichtigen, trifft sie aber nicht an, weil der Mäkler ihr einen falschen Termin angegeben hat, und fordert nun Ersatz der Reisekosten. — Folgerecht wird man auch, wenn der Heiratsmäkler seine Dienste in den Zeitungen anbietet, eine Klage auf Bezahlung der Insertionskosten gegen ihn nicht zulassen dürfen.[8])

III. 1. Die dem Mäkler gebührende Vergütung heißt Mäklerlohn, Courtage, Sensarie, Proxenetikum.

2. Wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, gilt ein Mäklerlohn, ebenso wie die Dienstvergütung und der Werklohn bei Dienst- und Werkverträgen, als stillschweigend vereinbart.[9])

3. a) Auch die Höhe des Mäklerlohns ist ebenso zu bestimmen, wie die der Dienstvergütung und des Werklohns, also namentlich unter Berücksichtigung der Taxen und der Ortssitte.[10])

Beispiel. Eine Taxe besteht in Kurhessen derart, daß der höchste zulässige Mäklerlohn 2% des Geschäftswerts ausmacht.[11]) Die Ortssitte bestimmt für die Vermittelung von Hausverkäufen in Berlin den Satz von 1% des Kaufpreises.[12])

b) Eine Besonderheit gilt bei der Vermittelung von Dienstverträgen: hier kann ein in übermäßiger Höhe vereinbarter Mäklerlohn in gleicher Art richterlich ermäßigt werden wie eine übermäßige Vertragsstrafe.[13])

---

4) Siehe m. Lehrb. des Handelsrechts § 45.

5) EG. 95. 6) Siehe unten § 156.

7) BGB. 656. Kohler, bei K. und R. 12 S. 316.

8) Kohler, a. a. O. 12 S. 332[24]. Abw. Planck Anm. 3 zu § 656.

9) BGB. 653 Abs. 1. Siehe oben S. 503, 4.

10) BGB. 653 Abs. 2. Siehe oben S. 503, 5.

11) RG. 28 S. 115. 12) Neubauer, Arch. f. bürgerl. Recht 6 S. 8.

13) BGB. 655 (vom Reichstage eingeschoben). Siehe oben S. 325[12].

IV. Der Abschluß des Mäklervertrages ist formlos.

V. Rechtsverhältnis zwischen Mäkler und Auftraggeber.

1. Der Mäklervertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.[14])

2. a) Der Mäkler muß bei Ausführung des Auftrages die Interessen des Auftraggebers mit aller Sorgfalt wahrnehmen. Er ist deshalb schadensersatzpflichtig, wenn er z. B. bei Vermittelung eines Darlehnsgeschäfts seinem Auftraggeber, dem Darleiher, einen Darlehnsschuldner zuführt, dessen Zahlungsunfähigkeit er gekannt hat oder hätte kennen müssen.

Ist der Mäkler auch dann ersatzpflichtig, wenn er die Vermittlerthätigkeit schuldhaft unterläßt? Die Frage ist zu bejahen, wenn er sich zu der Vermittlerthätigkeit verpflichtet hatte; daß eine derartige Verpflichtung dem Wesen des Mäklervertrages widerspreche, ist schwerlich zutreffend.[15]) Sie ist zu verneinen, wenn der Mäkler sich zu der Vermittlerthätigkeit nur „bereit" erklärt hatte; doch ist der Mäkler auch in diesem Falle ersatzpflichtig, wenn er den ihm zur Vermittelung aufgetragenen Vertragsschluß geradezu verhindert, indem er z. B. die ihm zugehenden Anträge eines Dritten dem Auftraggeber verschweigt.

b) Man sollte meinen, daß ein Mäkler nicht gleichzeitig Aufträge von mehreren Auftraggebern mit widerstreitenden Interessen annehmen darf. Doch stellt das Gesetz eine derartige Regel nicht unbedingt auf. Mit gutem Grunde: denn es ist sehr wohl möglich, daß der Mäkler die Interessen der verschiedenen Auftraggeber streng unparteiisch zu behandeln vermag. Vielmehr ist dem Mäkler die Übernahme kollidierender Aufträge nur dann versagt, wenn sie gegen die besonderen Abmachungen mit dem Auftraggeber verstößt oder im Einzelfall, z. B. wegen der Schärfe der Interessenkollision, wider Treu und Glauben geht. — Wird der Mäkler, letzterer Regel entgegen, für zwei Auftraggeber thätig, so ist er beiden zu Schadensersatz verpflichtet; stehen sich die beiden Auftraggeber bei dem vom Mäkler vermittelten Vertrage (unmittelbar oder mittelbar) geradezu als Gegenpartei gegenüber, so soll er außerdem den Anspruch auf Mäklerlohn und Auslagenerstattung einbüßen.[16])

Daß man dem Mäkler die Übernahme kollidierender Vermittelungsaufträge nicht ganz verbieten kann, liegt auf der Hand. Denn genau besehen, stehen z. B. die Anträge zur Vermittelung von Hausverkäufen, Gleichartigkeit der Häuser vorausgesetzt, sämtlich in Kollision untereinander; jedes Lob, das der Mäkler einem Hause spendet, schädigt ja die Chance für den Verkauf der anderen Häuser u. s. w. Und doch denkt, schon um den Mäklerlohn nicht gar zu sehr zu steigern, kein Hausverkäufer daran, die Thätigkeit eines Gebäudemäklers für sich allein in Anspruch zu nehmen.

c) Was zur Ausführung des dem Mäkler erteilten Auftrages gehört, läßt sich nur im Einzelfall bestimmen. So genügt es vielfach, wenn der Mäkler dem Auftraggeber eine Gelegenheit zum Abschluß des Vertrages nachweist. In anderen Fällen muß der Mäkler dagegen auch die Vertragsverhandlungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten führen, d. h. als Bote die Anträge der einen Partei der Gegenpartei übermitteln, er muß den Vertragsgegenstand dem

---

14) Abw. Endemann § 175^4. 15) Planck Vorbem. zu Titel 8 III.

16) BGB. 654 (vom Reichstage eingeschoben).

Dritten vorzeigen u. s. w. — Eine Vollmacht, den Vertrag im Namen des Auftraggebers abzuschließen, steht dem Mäkler nicht zu.

d) Dafür, daß das ihm zur Vermittlung aufgetragene Geschäft zustande kommt, steht der Mäkler nicht ein. Ebensowenig haftet er dafür, daß das Geschäft, nachdem es zustande gekommen ist, von dem Dritten thatsächlich erfüllt wird.

e) Die Zuziehung von Gehülfen und Vertretern ist dem Mäkler — nach Maßgabe der Verkehrssitte — gestattet.

3. a) Der Auftraggeber hat von Gesetzes wegen nur eine einzige Pflicht, die Entrichtung des vertragsmäßigen Mäklerlohns. Diese Pflicht entsteht aber erst, wenn der dem Mäkler zur Vermittelung aufgegebene Vertrag durch die Vermittelung des Mäklers wirklich rechtsgültig abgeschlossen wird; erfolgt der Vertragsschluß unter einer aufschiebenden Bedingung, so muß außerdem die Bedingung eingetreten sein.[17]) Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Dritte den Vertrag auch thatsächlich erfüllt. Ja die Verpflichtung zur Entrichtung des Mäklerlohns bleibt sogar dann in Kraft, wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten später wieder rückgängig gemacht wird, z. B. durch Eintritt einer auflösenden Bedingung.[18])

Ob ein zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten abgeschlossener Vertrag gerade von dem Mäkler vermittelt ist, wird oft zweifelhaft sein. Beispiel. A. soll einen Hausverkauf für B. vermitteln, und zwar soll er die Verkaufsverhandlungen bis zum endgültigen Abschluß führen; mindester Verkaufspreis 50000; A. nennt dem B. die diesem bisher nicht bekannte Adresse des C.; darauf kündigt B. den Mäklervertrag und schließt persönlich den Hausverkauf mit C. zum Preise von 52000 ab; hier dürfte der Vertragsschluß als von A. vermittelt gelten; A. kann also, falls er dem B. nicht Grund zur Kündigung gegeben hat, seinen Mäklerlohn fordern. Anders wäre zu entscheiden, wenn B. an C. für 42000 verkauft hat.

b) Zur Erstattung der dem Mäkler erwachsenden Auslagen an Porto, Insertionskosten u. dgl. ist der Auftraggeber nicht verbunden. So auch dann, wenn der Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten nicht zustande kommt; der Mäkler hat alsdann nicht bloß den Lohn, sondern auch seine Auslagen verloren.[19])

c) Auch zur Benutzung der vom Mäkler vermittelten Gelegenheit zum Vertragsschluß ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, kann vielmehr alle Nachweisungen des Mäklers nach Willkür ablehnen. Dadurch erledigt sich auch die Frage, ob der Mäkler das Recht des Selbsteintritts hat, d. h. ob er sich statt eines Dritten dem Auftraggeber als Gegenpartei aufdrängen darf; die Frage ist selbstverständlich zu verneinen.

VI. Zu dem Dritten steht der Mäkler in keinem Vertragsverhältnis. Er ist also dem Dritten, wenn dieser durch den Vertragsschluß geschädigt wird, zu Schadensersatz höchstens außerkontraktlich verpflichtet. Ebensowenig kann er von dem Dritten einen Mäklerlohn fordern[20]); so selbst dann, wenn nach dem zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten ge-

17) BGB. 652. 18) Abw. Planck Anm. 2c zu § 652.
19) BGB. 652 Abs. 3. 20) Abw. Endemann § 175⁶.

schlossenen Vertrage der Dritte den Mäklerlohn zu tragen hat; denn diese Abrede hat (im Zweifel) dem Mäkler gegenüber keine Wirksamkeit.

VII. Der Mäklervertrag erlischt durch Kündigung, die beiden Teilen zu jeder Zeit freisteht, sowie durch den Tod des Mäklers.

VIII. Zwingend sind von den Vorschriften des Mäklerrechtes die Sonderregeln über die Vermittelung von Eheschließungen und Dienstverträgen (oben S. 539[6], [13]). Alle anderen Vorschriften lassen eine abweichende Vereinbarung zu. So kann der Mäkler sich für die Erfüllung des von ihm vermittelten Vertrages durch den Dritten verbindlich machen, der Auftraggeber kann sich zur Erstattung der Auslagen des Mäklers verpflichten, beide Parteien können auf das freie Kündigungsrecht verzichten, der Mäkler kann bevollmächtigt werden, den Vertrag im Namen des Auftraggebers mit dem Dritten abzuschließen, u. s. w. Nur muß im letzteren Falle der Auftraggeber den Mäkler angewiesen haben, von der Vollmacht erst Gebrauch zu machen, nachdem die mit dem Dritten vereinbarten Vertragsbedingungen von ihm, dem Auftraggeber, genehmigt sind; denn ein Mäkler, der über die materiellen Bedingungen des Vertragsschlusses selbständig zu entscheiden hätte, wäre nicht mehr ein „Vermittler“.

XIII. Die Auslobung.

§ 153.

I. Begriff. 1. Die Auslobung besteht in der öffentlichen Aussetzung einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung.[1]) Die Handlung, welche belohnt werden soll, kann von verschiedenster Art sein, z. B. eine wissenschaftliche Entdeckung, das Auffinden eines fortgelaufenen Hundes u. s. w. Nur darf sie nicht unsittlich sein; ist sie ein Spiel (z. B. die Lösung eines Rebus), so kommen die Regeln vom Spielvertrage zur Anwendung.[2])

2. Die Auslobung muß, wie alle anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, in ernstlicher Absicht vorgenommen und darf nicht zu unbestimmt gehalten sein.[3]) Hat sie eine Preisbewerbung zum Gegenstande, so ist sie nur gültig, wenn sie eine Frist für die Bewerbung bestimmt.[4])

3. Einer Annahme seitens des Lohnempfängers bedarf die Auslobung nicht. Allerdings ist sie solange widerruflich, als die zu belohnende Handlung nicht vorgenommen ist. Allein man darf diese Handlung nicht als Annahme der Auslobung auffassen; denn sie ist wirksam, auch wenn sie ohne Rücksicht auf die Auslobung geschehen ist[5]), also z. B. dann, wenn der Lohnempfänger zur Zeit der Handlung von der Auslobung keine Kenntnis hatte[6]). Außerdem kann der Auslobende auf sein Widerrufsrecht verzichten; hat er eine Frist für die Vornahme der Handlung festgesetzt, so liegt hierin sogar ein stillschweigender Verzicht auf das Widerrufsrecht.[7])

---

1) BGB. 657. 2) Siehe unten S. 558 flg.
3) Siehe oben S. 291 II. 4) BGB. 661 Abs. 1.
5) BGB. 657. 6) Ausnahme unten bei Anm. 9.
7) BGB. 658. Ähnlich Pr. LR. I, 11 § 989.

4. Hiernach ist die Auslobung kein Vertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft. Als solches ist sie übrigens auch schon im bisherigen Rechte anerkannt worden.[8]).

II. Gegenstand der Auslobung ist irgend ein Gut, z. B. eine Geldsumme, eine Medaille.

III. Die Auslobung muß öffentlich geschehen, z. B. durch die Zeitungen, öffentliche Anschläge, öffentliches Ausrufen u. dgl. — Im Übrigen ist die Auslobung formlos; das ist um so mehr zu betonen, als für das Versprechen der Schenkung unter einer Auflage gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben ist und die Auslobung einem derartigen Versprechen offenbar sehr nahe steht.

IV. 1. Pflichten des Auslobenden. 1. Durch die Auslobung wird nur der Auslobende verpflichtet: er hat dem, der die in der Auslobung genannte Handlung vorgenommen hat, die versprochene Belohnung zu gewähren.

Die Haftung des Auslobenden für Mängel im Rechte oder für thatsächliche Mängel des als Lohn versprochenen Gegenstandes ist je nach Lage des Falls nach den Regeln des Kauf- oder des Schenkungsrechts zu beurteilen. — Der Lohnanspruch entsteht zu gunsten dessen, der die Handlung vornimmt, ohne daß er es weiß oder will. Nur bei Auslobungen, die eine Preisbewerbung voraussetzen, gilt eine Ausnahme: hier ist der Lohnanspruch dadurch bedingt, daß der Berechtigte sich um den Lohn beworben und der Auslobende oder der Preisrichter ihm die Zuteilung des Preises angezeigt hat.[9])

2. Ist die in der Auslobung genannte Handlung mehrmals vorgenommen worden, so ist zu unterscheiden wie folgt.

a) War die Auslobung auf eine Preisbewerbung gerichtet, so erhält nur einer der Bewerber den Preis. Die Auswahl unter den Bewerbern, die sich innerhalb der Bewerbungsfrist gemeldet haben, steht bei dem in der Auslobung genannten Preisrichter oder, wenn ein Preisrichter nicht benannt ist, bei dem Auslobenden selbst und ist jeder Anfechtung seitens der Beteiligten entzogen. Findet der Preisrichter (bezw. der Auslobende) mehrere Arbeiten des Preises gleich würdig, so darf er den Preis nicht teilen, sondern muß das Los entscheiden lassen[10]); findet er keine Arbeit preiswürdig, so wird der Preis überhaupt nicht vergeben.

Verzögert der Preisrichter die Entscheidung oder will oder kann er sie nicht treffen — wozu auch gehört, daß die mehreren Preisrichter nicht zu einer einstimmigen Entscheidung gelangen, — so wird die Auslobung unwirksam, wenn der Auslobende nicht nach dem Inhalte der Auslobung zur Ernennung anderer Preisrichter verpflichtet ist.[11])

b) Bei anderen Auslobungen fällt das freie Wahlrecht des Preisrichters oder des Auslobenden fort. Hier hat vielmehr einfach der, welcher die Handlung zuerst vorgenommen hat, das alleinige Recht auf die Belohnung.[12]) Ist die Handlung von mehreren Personen gleichzeitig vorgenommen, so ist die

---

8) Stobbe 3 § 171[8]. 9) BGB. 661.

10) BGB. 661.

11) Nach Analogie von BGB. 319 Abs. 2, 317 Abs. 2. Abw. Planck Anm. 4 zu § 661. 12) BGB. 659.

Belohnung unter sie nach Köpfen zu verteilen oder, falls dies (z. B. wegen Unteilbarkeit des Lohns [13]) ausgeschlossen ist, zu verlosen.

Hiernach kann der Auslobende, wenn er irrtümlich die später vorgenommene Handlung belohnt hat, die Belohnung zurückfordern, und zwar auch dann, wenn der, der die erste Handlung vorgenommen hat, garnicht Anspruch auf die Belohnung erhebt oder gar darauf verzichtet: für die spätere Handlung ist die Belohnung eben schlechterdings nicht geschuldet.

3. Bezieht sich die Auslobung nicht auf eine bestimmte Handlung als solche, sondern auf deren Erfolg (z. B. die Festnahme eines Mörders) und es haben mehrere Personen zu dem Erfolge mitgewirkt, so ist jede von ihnen zu einem Anteil lohnberechtigt; die Höhe des Anteils einer jeden wird, wie bei einer Preisbewerbung, durch einen in der Auslobung zu bestimmenden Schiedsrichter oder, wenn ein Schiedsrichter nicht bestimmt ist, durch den Auslobenden selbst festgesetzt. Doch kann die Festsetzung (anders als die Entscheidung bei einer Preisbewerbung) wegen offenbarer Unbilligkeit angefochten werden. Hat die Anfechtung Erfolg, so geht das Festsetzungsrecht auf das Gericht über; dies gilt auch dann, wenn der Schiedsrichter oder der Auslobende die Festsetzung nicht treffen kann oder will oder wenn er die Festsetzung verzögert.[14]) — Wird die Festsetzung von einem Beteiligten bemängelt, so kann der Auslobende die Austragung des Streits den Beteiligten überlassen und inzwischen die Auslieferung der Belohnung verweigern; jeder Beteiligte kann aber fordern, daß die Belohnung während der Dauer des Streits für alle hinterlegt wird. — Soll nach dem Inhalte der Auslobung die Belohnung nicht geteilt werden, so entscheidet auch hier das Los.[15])

V. Die Auslobung schafft ein streng einseitiges Schuldverhältnis zu Lasten des Auslobenden. Der Lohnempfänger ist also zu irgend einer Leistung nicht verpflichtet. Insbesondere kann er, wenn sich nachträglich herausstellt, daß er die in der Auslobung bezeichnete Handlung garnicht oder nicht auslobungsgemäß vorgenommen hat, höchstens auf Rückgabe der Belohnung [16]), nicht aber auf Schadensersatz oder auf Nachholung der Handlung belangt werden. Ebensowenig braucht er bei einer Preisbewerbung sein preisgekröntes Werk dem Auslobenden dauernd zu überlassen, es sei denn, daß bei der Auslobung ein Anderes bestimmt ist.[17])

VI. 1. Die Verbindlichkeit des Auslobenden erlischt durch den **Widerruf** der Auslobung, falls der Auslobende nicht auf das Widerrufsrecht verzichtet hat.[18]) Der Widerruf ist aber nur wirksam

a) gegenüber den Personen, denen er besonders mitgeteilt ist,

b) gegenüber anderen Personen nur dann, wenn er in gleicher Art wie die Auslobung selbst bekannt gemacht wird.[19])

2. Selbstverständlich hat der Widerruf keine rückwirkende Kraft. Hat also jemand die in der Auslobung genannte Handlung bereits vor Bekanntmachung des Widerrufs vorgenommen, so bleibt er lohnberechtigt. Dagegen bekommt er bei späterer Vornahme der Handlung nicht einmal seine Auslagen ersetzt, mag er auch von dem Widerrufe keine Kenntnis gehabt haben.

---

13) Abw. Planck Anm. 2 zu § 659.
14) Teilweise abw. Planck zu § 660. 15) BGB. 660.
16) Gemäß BGB. 812. 17) BGB. 661 Abs. 4.
18) Siehe oben S. 542⁷. 19) BGB. 658.

XIV. Der Verwahrungsvertrag.

§ 154.

I. Begriff.

1. a) Der Verwahrungsvertrag hat zum Inhalt, daß die eine Partei, der Hinterleger, eine bewegliche Sache der Gegenpartei übergiebt, während die Gegenpartei, der Verwahrer, sich zur Aufbewahrung und späterhin zur Rückgabe der Sache verpflichtet.[1])

b) Die Verwahrung wird häufig unentgeltlich übernommen. Der Hinterleger kann aber auch dem Verwahrer für dessen Mühewaltung eine Vergütung versprechen; wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, gilt dies Versprechen sogar als stillschweigend erteilt.[2])

c) Der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ist eine Art des Auftrages, der entgeltliche eine Art des Dienstvertrages. Doch ist er mit Rücksicht auf die Eigenart des vom Verwahrer übernommenen Dienstes eigentümlich geregelt.

2. Der Verwahrer kann außer der Verwahrung der Sache noch andere Nebenleistungen übernehmen, z. B. die Fütterung des zu verwahrenden Tieres, ohne daß dadurch der Charakter des Verwahrungsvertrages geändert wird. Überwiegen dagegen die anderweiten Leistungen die Verwahrungspflicht, — ein Schiffskapitän nimmt z. B. eine Kiste in Verwahrung, um sie demnächst auf sein Schiff zwecks Versendung über See zu verladen — so liegt ein Verwahrungsvertrag überhaupt nicht vor.

3. Der Begriff des Verwahrungsvertrages ist im bürgerlichen Gesetzbuche ebenso bestimmt, wie im bisherigen preußischen Recht[3]). Dagegen kennt das gemeine Recht[4]) nur den unentgeltlichen Verwahrungsvertrag, während es bei entgeltlicher Verwahrung einen Dienstvertrag annimmt.

II. Gegenstand des Verwahrungsvertrages sind bewegliche Sachen aller Art, nicht aber Grundstücke. Nimmt jemand ein Grundstück in seine Obhut, so gilt dies als gewöhnlicher Dienstvertrag oder Auftrag.

III. Der Abschluß des Verwahrungsvertrages erfolgt formlos. Häufig geschieht er erst durch thatsächliche Übergabe der Sache seitens des Hinterlegers an den Verwahrer, sodaß der Verwahrungsvertrag als Realvertrag zu Stande kommt. Doch kann der Vertragsschluß ebensogut der Übergabe der Sache vorausgehen.[5])

IV. Rechtsverhältnis zwischen Hinterleger und Verwahrer.

1. a) Der Verwahrungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, wenn er entgeltlich abgeschlossen wird; anderenfalls schafft er ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis.

---

1) BGB. 688. 2) BGB. 689.
3) Pr. LR. I, 14 § 9, 76.
4) Dernb. 2 § 92[5]. Siehe auch sächs. b. GB. 1260, 1263.
5) Abw. Endemann § 185[2]. Siehe oben S. 491 III, 495 III.

b) Die Gefahr der hinterlegten Sache trägt der Verwahrer in sofern, als er, wenn die Sache zufällig untergeht, von nun ab den Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung einbüßt [6]). Dagegen braucht er nicht etwa an Stelle der untergegangenen Sache deren Wert zurückzugewähren.

2. Pflichten des Verwahrers.

a) Der Verwahrer haftet bei der Verwahrung und Rückgabe der Sache für jedes Verschulden, wenn der Verwahrungsvertrag entgeltlich ist. Andernfalls ist er nur dann verantwortlich, wenn er die Sorgfalt verletzt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [7])

b) Der Verwahrer kann nach Maßgabe der Verkehrssitte die Verwahrung durch Gehülfen besorgen lassen oder einem Vertreter übertragen, und haftet für diese seine Gehülfen und Vertreter nach den allgemeinen Regeln. — Dagegen darf er die Sachen nicht bei einem Dritten hinterlegen, d. h. die Räume, in denen die Verwahrung geschieht, dürfen nicht im unmittelbaren Besitze eines Dritten sein. Doch kann der Hinterleger den Verwahrer auch zu einem derartigen Verfahren besonders ermächtigen; die Folge ist alsdann, daß der Verwahrer für ein Verschulden des Dritten nicht unbedingt einsteht, sondern daß er nur sein eigenes Verschulden (oder das seiner sonstigen Gehülfen oder Vertreter) z. B. bei der Auswahl und Instruktion des Dritten verantworten muß.[8])

Beispiel. A. giebt dem Kürschner B. einen Pelz zur Verwahrung und ermächtigt B. zur Hinterlegung des Pelzes bei einem Dritten; B. verreist und übergiebt den Pelz (samt seinem ganzen Pelzlager) an seinen Gesellen C.; dieser endlich hinterlegt, da die Räume des B. sich als feuergefährlich zeigen, alle Pelze bei einem Kürschner D. B. steht für das Verschulden des Vertreters C. unbedingt ein, für den Vertreter D. haftet er dagegen nur, wenn er oder C. mitschuldig sind.

Die Regel zu b erinnert an eine verwandte Vorschrift beim Auftrage.[9]) Doch ist zu beachten, daß letztere Vorschrift nur für ein unentgeltliches, die Regel zu b dagegen auch für ein entgeltliches Geschäft gilt. Auch ist die Vorschrift beim Auftrage auf alle Vertreter des Schuldners, die Regel zu b dagegen nur auf Vertreter mit eigenen Verwahrungsräumen zu beziehen.[10])

c) Der Verwahrer darf von der mit dem Hinterleger vereinbarten Art der Aufbewahrung nur unter den Voraussetzungen abweichen, unter denen ein vertragsmäßig bestellter Geschäftsbesorger von den Anweisungen seines Auftraggebers abweichen darf.[11])

d) Der Verwahrer darf die hinterlegte Sache nicht für sich oder Dritte gebrauchen. Verletzt er diese Regel, so ist er schadensersatzpflichtig. Handelt es sich dabei um hinterlegtes Geld, so muß er es, wie im gleichen Falle ein Geschäftsführer, von der Zeit der Verwendung ab verzinsen.[12])

e) Der Verwahrer muß, wenn die Verwahrungszeit um ist, gerade die hinterlegte individuelle Sache, nicht etwa eine gleichartige oder gleichwertige Sache, zurückgeben. — Die Rückgabe der hinterlegten Sache muß an dem Orte erfolgen, an dem die Sache aufzubewahren

---

6) BGB. 699 Abs. 2.

7) BGB. 276, 690. Ebenso Pr. LR. I, 14 § 17, 11. Nach gemeinem und sächs. Recht haftet der (unentgeltliche) Verwahrer nur für grobes Verschulden Dernb. 2 § 92[15], sächs. b. sächs. GB. 1266.

8) BGB. 691. 9) Siehe oben S. 530[9].

10) Abw. anscheinend Endemann § 185[9].

11) BGB. 692. Siehe oben S. 506 a. 12) BGB. 698.

war; der Verwahrer ist also nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen oder zu übersenden; das gilt auch für hinterlegtes Geld.[13])

f) Die den Pflichten des Verwahrers gegenüberstehenden Ansprüche des Hinterlegers sind persönliche Forderungen; der Anspruch auf Rückgabe der hinterlegten Sache gilt aber im Konkurse des Verwahrers als Aussonderungsrecht.

3. Pflichten des Hinterlegers.

a) Beim entgeltlichen Verwahrungsvertrage muß der Hinterleger die versprochene Vergütung entrichten, und zwar (wie einen Dienst- oder Werklohn) 1. wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, nach dem Ablauf je eines Zeitabschnittes, 2. andernfalls bei Beendigung der Aufbewahrung.[14])

Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablauf der für sie bestimmten Frist, z. B. mitten in einem der Zeitabschnitte, nach denen die Verzinsung bemessen ist, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung fordern.[15]) Hierher gehört nicht bloß der Fall, daß die Sache beim Verwahrer untergeht, sondern auch der Fall, daß eine der Parteien den Vertrag vor Ablauf der Frist kündigt. Insofern weicht BGB. 699 Abs. 2 wesentlich von den für den Dienst- und Werkvertrag geltenden Regeln (BGB. 628, 649) ab.

b) Sowohl beim entgeltlichen wie beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrage muß der Hinterleger dem Verwahrer alle Aufwendungen erstatten, die dieser den Umständen nach für erforderlich halten durfte, entsprechend der für den geschäftlichen Dienst- und Werkvertrag und den Auftrag geltenden Regel.[16])

c) Sowohl beim entgeltlichen wie beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrage muß der Hinterleger dem Verwahrer allen Schaden ersetzen, den dieser durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache erleidet. Doch ist der Hinterleger haftfrei, 1. wenn er schuldlos ist, nämlich wenn er die Beschaffenheit der Sache weder gekannt hat noch hat kennen müssen oder wenn er die Beschaffenheit dem Verwahrer angezeigt hat, 2. wenn der Verwahrer die Beschaffenheit auch ohne Anzeige gekannt hat.[17])

Beispiel. I. Das kranke Pferd, welches A. bei B. eingestellt hat, steckt sämtliche Pferde B.'s an; A. ist haftbar, außer wenn er nachweist, daß die Ansteckungsgefahr ihm nicht bekannt und auch nicht erkennbar war. II. C. hat eine mit Dynamit gefüllte Kiste von seinem Freunde D. mit dem Auftrage erhalten, sie bei einem Dritten in eigenem Namen zu hinterlegen und leistet auch dem Auftrage Folge; von dem Inhalt der Kiste hat er keine Ahnung, da D. ihm unrichtige, aber glaubhaft klingende Angaben darüber gemacht hat; die Kiste explodiert bei dem Dritten; C. ist haftbar, obschon ihm kein eigenes Verschulden zur Last fällt; denn D. ist in diesem Falle analog einem Gehülfen C.'s zu behandeln, sodaß C. unbedingt für ihn einstehen muß.

d) Bei Aufhebung des Verwahrungsvertrages muß der Hinterleger die Sache zurücknehmen.[18]) Diese Rücknahmepflicht entspricht der Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers. Der Hinterleger gerät also, wenn er die Rücknahme verzögert, nicht bloß in Annahme-, sondern auch in Erfüllungsverzug.

e) Die den Pflichten des Hinterlegers gegenüberstehenden Ansprüche des

---

13) BGB. 697. 14) BGB. 699 Abs. 1.
15) BGB. 699 Abs. 2. 16) BGB. 693. S. oben S. 509, 2; 525, 2; 530[10].
17) BGB. 694. 18) Siehe BGB. 696.

Verwahrers sind rein persönlicher Art und durch ein Pfandrecht an der hinterlegten Sache nicht geschützt. Dagegen hat der Verwahrer wegen seiner Ansprüche das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht; die gemeinrechtliche Regel, welche ihm auch dieses Recht abspricht [19]), ist aufgehoben.

V. Aufhebung des Verwahrungsvertrages.

1. Der Verwahrungsvertrag wird meistens auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Dann kann der Hinterleger die Rückgabe, der Verwahrer die Rücknahme der Sache zu jeder Zeit fordern, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.[20])

2. Seltener wird eine bestimmte Verwahrungszeit ausgemacht. Sie hat für das Recht des Hinterlegers, die Rückgabe der Sache zu fordern, keinerlei Bedeutung; dies Recht kann also auch vor Ablauf der Frist zu jeder Zeit geltend gemacht werden. Dagegen ist sie für das Recht des Verwahrers, die Rücknahme der Sache zu fordern, maßgebend: doch ist sie auch nach dieser Richtung hin nicht schlechthin verbindlich; vielmehr kann der Verwahrer die Rücknahme schon vor Ablauf der Frist zu jeder Zeit verlangen, wenn ihm ein wichtiger Grund — z. B. die Notwendigkeit, seine Lagerräume auszubessern — zur Seite steht. [21])

VI. Summenverwahrungsvertrag (depositum irregulare).

1. Wenn vertretbare Sachen hinterlegt werden, wird nicht selten ausgemacht, daß das Eigentum der Sachen auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge, nicht aber gerade die bei ihm hinterlegten individuellen Stücke zurückzugewähren.

2. Bei diesem Vertrage braucht der Verwahrer die hinterlegten individuellen Stücke überhaupt nicht aufzuheben, sondern kann sie verbrauchen oder veräußern. Seine Rechtsstellung ist also unvergleichlich freier als die eines gewöhnlichen Verwahrers. Demgemäß ist die Rechtsstellung des Hinterlegers eine ungünstige; namentlich fehlt ihm im Konkurse des Verwahrers ein Aussonderungsrecht, selbst wenn die hinterlegten individuellen Stücke noch in der Konkursmasse vorhanden sind. Andererseits hat auch der Verwahrer einen Nachteil, der Hinterleger einen Vorteil: ersterer wird von seiner Rückgewährungspflicht nicht frei, mögen auch die hinterlegten Stücke durch einen Zufall bei ihm verloren gehen.

3. Hiernach ist der Summenverwahrungsvertrag juristisch als ein Darlehn aufzufassen. Doch ist er eine besondere Art des Darlehns.[22]) Er ist nämlich dadurch ausgezeichnet, daß der Darlehnsempfänger gleichsam den Wert der Darlehnssachen für den Darlehnsgeber verwahren, d. h. zu dessen Verfügung halten muß.

---

19) Dernb. 2 § 92[21]. 20) BGB. 695, 696.

21) BGB. 695, 696.

22) Das bisherige Recht ist zweifelhaft. Siehe Niemeyer, depositum irregulare (89) und sächs. b. GB. 1275.

a. Demgemäß unterwirft das BGB.[23]) den Summenverwahrungsvertrag den Regeln des Darlehns mit der Maßgabe, daß die Zeit der Rückgabe nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag zu bestimmen sind; der Hinterleger braucht also, wenn er die Rückgabe der hinterlegten Werte fordern will, nicht erst unter Einhaltung einer gesetzlichen Frist zu kündigen, sondern kann auf sofortiger Rückgabe bestehen. Doch soll diese Regel nur „im Zweifel" gelten; die vertragsmäßige Festsetzung von Kündigungs- und Rückzahlungsfristen soll also dem Wesen eines Summenverwahrungsvertrages nicht widersprechen; in der That kommen kurze (zweitägige, einwöchige) Kündigungsfristen beim Summenverwahrungsvertrage nicht selten vor.

b. Auch der Ort der Rückgabe wird nicht nach den Regeln vom Darlehn, sondern vom Verwahrungsvertrage bestimmt: der Hinterleger muß also z. B., wenn es sich um die Hinterlegung von Geld handelt, das Geld holen.

4. Beim Summenverwahrungsvertrage können auch Zinsen zu Lasten des Verwahrers ausbedungen werden, wie auch umgekehrt der Hinterleger mit der Zahlung einer „Provision" belastet werden kann.

5. Bei der Hinterlegung von Wertpapieren gilt der Vertrag nur dann als Summenverwahrungsvertrag, wenn dies ausdrücklich ausgemacht ist.[24])

6. Ein Mittelding zwischen dem eigentlichen Verwahrungsvertrage und dem Summenverwahrungsvertrage liegt vor, wenn der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen. Dieser Vertrag wird nämlich zunächst als reiner Verwahrungsvertrag behandelt; sobald aber der Verwahrer die Sachen wirklich verbraucht, veräußert, verpfändet oder sonst sich aneignet, gilt der Vertrag von nun ab als Summenverwahrungsvertrag.[25])

VII. Die Regeln über den Verwahrungsvertrag können durchweg vertragsmäßig abgeändert werden. So ist z. B. die Vereinbarung zulässig, daß der Verwahrer auch bei dem gewöhnlichen Verwahrungsvertrage für zufälligen Untergang der hinterlegten Sache haften soll.

VIII. Für gewisse Verwahrungsgeschäfte gelten besondere Regeln, nämlich für die Aufbewahrung von Sachen der Reisenden durch Gastwirte, für das Lagergeschäft, für die Aufbewahrung von Wertpapieren durch Kaufleute. Diese Regeln gehören aber ausschließlich oder überwiegend dem Handelsrecht an, sind also hier nicht darzustellen.[26])

---

23) BGB. 700.
24) BGB. 700 Abs. 2.
25) BGB. 700 Satz 2.
26) Siehe m. Lehrb. d. Handelsr.s § 100 flg.

XV. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.[1])

§ 155.

I. Begriff.

1. Bei der auftraglosen Geschäftsführung (negotiorum gestio) sind zwei Personen — der Geschäftsführer und der Geschäftsherr — in der Art beteiligt, daß der erstere die Geschäfte des letzteren in dessen Interesse thatsächlich besorgt, obschon er dazu nicht ermächtigt, geschweige denn verpflichtet ist.[2]) Meistens hat der Geschäftsherr dem Gebahren des Geschäftsführers nicht im voraus zugestimmt; er weiß sogar häufig nichts davon. Doch gehört auch eine Geschäftsführung, welche mit Zustimmung des Geschäftsherrn erfolgte, hierher, wenn die Zustimmung ungültig ist.

Beispiel. I. A. sorgt für seinen vom Schlage getroffenen Freund B., indem er in B.'s Namen eine Krankenpflegerin annimmt und, in eigenem Namen, aber für B.'s Rechnung, Arzneien kauft. II. C. verkauft die Möbel des D. in dessen Auftrag; der Auftrag ist aber unwirksam, weil D. wegen Verschwendung entmündigt ist und sein Vormund dem Auftrage widerspricht.

2. a) Hiernach steht die „auftraglose" Geschäftsführung im Gegensatz zu einer Geschäftsbesorgung, welche kraft eines zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer abgeschlossenen geschäftlichen (rechtsgültigen) Dienst- oder Werkvertrages, kraft eines (rechtsgültigen) Gesellschaftsvertrages, kraft elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt, kurz kraft eines Rechtes zur Geschäftsführung erfolgt.

b) Ein anderer Gegensatz zur auftraglosen Geschäftsführung ist die Führung der Geschäfte eines Anderen im eigenen Interesse oder im Interesse eines Dritten. Doch kann man eine derartige Geschäftsführung auch als „uneigentliche auftraglose Geschäftsführung" bezeichnen.[3])

3. a) Dem Erfordernisse, daß die auftraglose Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn geschieht, ist genügt, wenn der Geschäftsführer diese Interessen mit den eigenen Interessen oder mit den Interessen Dritter gemeinsam verfolgt. Das Interesse des Geschäftsherrn braucht also nicht ausschließlich maßgebend zu sein.

b) Eine auftraglose Geschäftsführung liegt auch dann vor, wenn der Geschäftsführer sich in einem Irrtum über die Person des Geschäftsherrn be-

---

1) Wächter, Arch. f. civ. Pr. 20 S. 337, Chambon, die negotiorum gestio (48), verschiedene Schriften Ruhstrat's (aufgeführt bei Dernb. 2 § 121[1]); E. Zimmermann, echte und unechte n. g. (72); Monroy, vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (78); Sturm, das neg. utiliter gestum (78); ders. Geschäftsf. ohne Auftrag (97); Thon, Arch. f. civ. Pr. 80 S. 77; v. Tuhr, actio de in rem verso (95).

2) BGB. 677. 3) Siehe unten S. 556 VIII.

findet. Seine Pflichten und Rechte gelten alsdann nicht gegenüber dem vermeintlichen, sondern gegenüber dem wirklichen Geschäftsherrn.[4])

Beispiel zu a und b. A., der eben einen Weinberg gekauft hat, glaubt auf dem anstoßenden, wie er meint, dem B. gehörigen Weinberge einen Reblausherd zu entdecken, und bestellt Arbeiter, um die kranken Weinstöcke zu vernichten, sowohl im Interesse des B. wie im eigenen Interesse; nachträglich stellt sich heraus, daß der Weinberg dem C. gehört. Hier liegt eine Geschäftsführung gegenüber C. vor.

4. a) Die auftraglose Geschäftsführung stellt keinen Vertrag dar und unterscheidet sich dadurch von den meisten in den vorausgehenden Paragraphen besprochenen Rechtsvorgängen auffällig. Ja sie ist überhaupt kein Rechtsgeschäft.[5]) Denn es giebt Fälle, in denen der auftraglose Geschäftsführer irgend eine Rechtswirkung zu begründen durchaus nicht beabsichtigt, weder zum Vorteil des Geschäftsherrn noch zum eigenen Vorteil.

Beispiel. Frau A. läßt die Wäsche des bei ihr zum Besuch weilenden Kadetten B. waschen, ohne B. oder dessen Eltern gefragt zu haben; dies ist sicher kein Rechtsgeschäft und doch auftraglose Geschäftsführung.

b) Dennoch wird die auftraglose Geschäftsführung einem Rechtsgeschäft insofern gleichgestellt, als sie den Geschäftsführer bloß dann verpflichtet, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig ist; andernfalls haftet er nicht als Geschäftsführer, sondern höchstens wegen unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung.[6]) Dagegen ist die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsherrn gleichgültig.[7]) Nur insoweit als der Wille des Geschäftsherrn berücksichtigt werden muß, ist, wenn der Geschäftsherr bloß beschränkt geschäftsfähig oder gar geschäftsunfähig ist, nicht sein eigener, sondern der Wille seines Gewalthabers maßgebend.

5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag wird vom Gesetzgeber sehr begünstigt, obschon sie ein rechtlicher Eingriff in eine fremde Vermögenssphäre ist und deshalb einer unerlaubten Handlung nahe kommt. Der Grund ist ein zweifacher. Erstlich handelt der Geschäftsführer (ausschließlich oder nebenbei) im Interesse des Geschäftsherrn, mag also wegen seiner guten Absicht subjektiv eine schonende Behandlung verdienen. Zweitens ist in Notfällen die auftraglose Geschäftsführung garnicht zu entbehren; deßhalb verdient sie auch objektiv die Gunst des Gesetzgebers. Und zwar kann der Gesetzgeber seine Gunst sogar solchen Geschäftsführungen nicht versagen, die dem Geschäftsherrn sehr unlieb sind. Würden doch andernfalls auch viele dem Geschäftsherrn thatsächlich höchst erwünschte Geschäftsführungen einfach unterlassen werden; denn nur selten kann der Geschäftsführer im voraus mit voller Sicherheit feststellen, ob seine Hülfe dem Geschäftsherrn willkommen sein wird oder nicht.

II. Verpflichtungen des Geschäftsführers.

1. a) Der Geschäftsführer hat, wenn er einmal die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen will, dies mit aller Sorgfalt zu thun, gerade so als ob er zu der Geschäftsbesorgung vertragsmäßig, etwa durch einen Dienstvertrag oder

---

4) BGB. 686. 5) Abw. Endemann § 178[1].

6) BGB. 682. Ebenso sächs. b. GB. 1349 und wohl auch das gemeine und preuß. Recht.

7) Abw. das gemeine Recht Windscheid § 430[24].

Auftrag, verpflichtet wäre.[8]) Allerdings kann der Geschäftsherr dies nicht positiv verlangen; er kann insbesondere nicht fordern, daß der Geschäftsführer das einmal begonnene Geschäft bis zu Ende durchführe.[9]) Wohl aber hat er, wenn der Geschäftsführer die gebührende Sorgfalt außer Augen läßt, einen Anspruch auf vollen Schadensersatz.

b) Zur sorgfältigen Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn gehört es auch, daß der Geschäftsführer sich an den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn hält. Denn eines der wesentlichsten Interessen des letzteren ist es ja, daß in seinen Geschäften sein eigener Wille maßgebend ist. Ist doch auch der vertragsmäßig bestellte Geschäftsführer streng an den Willen des Geschäftsherrn gebunden![10]) Somit fällt dem auftraglosen Geschäftsführer, der die Geschäftsführung unternimmt oder fortsetzt, obschon er weiß oder wissen muß, daß er damit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn zuwiderhandelt, ebendadurch ein Verschulden zur Last, und er muß deshalb allen Schaden, der dem Geschäftsherrn durch die Geschäftsführung erwächst, erstatten, auch wenn er im übrigen mit größter Sorgfalt gehandelt hat und den Schaden garnicht abzuwenden in der Lage war.[11]) Dennoch darf man nicht sagen, daß er in diesem Falle für Zufall hafte[12]); denn die letzte Ursache des Schadens ist doch gewesen, daß er seine Geschäftsführung dem Geschäftsherrn schuldhafterweise aufgedrängt hat, war also kein Zufall.

c) Als mutmaßlicher Wille des Geschäftsherrn muß es gelten, daß der Geschäftsführer ihm die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es thunlich ist, anzeigt und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, seine Entschließung abwartet. Somit greifen, wenn der Geschäftsführer schuldhaft gegen diese Regel verstößt, die Vorschriften zu b ein: der Geschäftsführer ist für allen Schaden, der durch die Verzögerung der Anzeige und das Nichtabwarten der Entschließung des Geschäftsherrn entsteht, haftbar, mag ihm auch ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fallen.[13])

Beispiel. Bankier A. verkauft auftraglos die bei ihm hinterlegten italienischen Staatspapiere des B., weil er ungünstige Nachrichten über die italienischen Finanzen empfangen hat und einen Sturz des Kurses der Papiere erwartet; die Nachrichten sind aber unwahr: der Kurs steigt, statt zu fallen. So erleidet B. durch den Verkauf seiner Papiere einen Schaden von 3000 Mk, um so schmerzlicher für ihn, als er Italiener ist und auch bei dem stärksten Niedergang des Kurses die Papiere festgehalten haben würde. Hier ist A. ersatzpflichtig: 1) wenn er die Unwahrheit jener Nachrichten hätte erkennen müssen; 2) wenn er Zeit hatte, zuvor bei B. anzufragen und dessen Entschließung abzuwarten, 3) wenn er die unbedingte Anhänglichkeit des B. an italienische Papiere hätte kennen oder mutmaßen müssen. Trifft dagegen keine dieser Voraussetzungen zu, so muß B. seinen Schaden ersatzlos tragen.

2. Die Regeln zu 1 erfahren in zwei Fällen eine Änderung zu Gunsten des Geschäftsführers.

---

8) BGB. 677. 9) Abw. Pr. LR. I, 13 § 257; sächs. b. GB. 1346.
10) Siehe oben S. 506, 5 a. 11) BGB. 678.
12) Abw. Windscheid § 430⁷. 13) Siehe BGB. 681.

a) Wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde, bleibt die Regel zu 1 b) (und teilweise auch die zu 1 c) außer Betracht: darin allein, daß der Geschäftsführer gegen den mutmaßlichen Willen, vielleicht sogar gegen ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn einschreitet [14]) oder daß er die eigenen Entschließungen des Geschäftsherrn nicht abwartet, liegt alsdann noch kein Verschulden.

b) Bezweckt die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn — d. h. seiner Person, seiner Familie, seinem Vermögen [15]) — drohenden dringenden Gefahr, so hat, selbst wenn die Gefahr in Wirklichkeit gar nicht bestand, der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. [16])

Beispiele. I. A. erbricht die Hausthür des B., um dessen kranken, allein im Hause gelassenem Kinde Pflege zu bringen. A. ist ersatzfrei, auch wenn B. ihm sein Haus verboten hatte. II. Bei dem Nihilisten C. wird in dessen Abwesenheit eine Haussuchung abgehalten; rasch entschlossen steckt C.'s Stubengenosse D. ein Kästchen, in dem C. seine gefährliche Korrespondenz verwahrt, in den Ofen und verbrennt dabei einen Tausendmarkschein, der gleichfalls, ohne daß D. dies wußte, im Kästchen lag. Er ist haftfrei.

3. Der auftraglose Geschäftsführer ist in gleicher Weise wie ein vertragsmäßig bestellter verpflichtet,

a) dem Geschäftsherrn über die Geschäftsführung Auskunft zu geben und Rechenschaft abzulegen,

b) ihm alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben,

c) Gelder, die er dem Geschäftsherrn herauszugeben oder zu verrechnen hat, jedoch für sich selbst verwendet, von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen. [17])

4. Auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers zu 1—3 hat es großen Einfluß, ob der Geschäftsherr nachträglich die Geschäftsführung genehmigt oder nicht [18]). Denn einesteils wird darin, daß der Geschäftsherr genehmigt, vielfach ein Verzicht auf die ihm zustehenden Ersatzansprüche liegen. Anderenteils wird der Geschäftsherr, wenn er nicht genehmigt, regelmäßig die Herausgabe dessen, was der Geschäftsführer durch die Geschäftsführung erlangt hat, nicht fordern können. — Beispiel. A. hat auftraglos den Schimmel B.s gegen einen dem C. gehörigen Rappen ausgetauscht; und zwar hat er bei dem Tausche fahrlässig gehandelt, weil er hätte wissen müssen, daß der Rappe 1200, der Schimmel aber 1500 Mk. wert war. B. hat nun die Wahl: entweder genehmigt er den Tausch nicht und kann dann Rückgabe des Schimmels oder Zahlung von 1500 Mk. fordern, während der Rappe dem A. verbleibt; oder er genehmigt und kann dann Herausgabe des Rappen, nicht aber weiteren Schadensersatz fordern.

III. Verpflichtungen des Geschäftsherrn.

1. Wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt, muß er dem Geschäftsführer alle Aufwendungen erstatten, die dieser den Umständen nach für

---

14) BGB. 679. Beispiel s. unten S. 554 Abs. 4.

15) Abw. Sturm (1897) S. 32.

16) BGB. 680.

17) BGB. 681, 666—668. Siehe oben S. 506 b, 507 c.

18) Im Gesetz ist diese Frage übergangen. Siehe Pr. LR. I, 13 § 239; sächs. b. GB. 1340.

erforderlich halten durfte, gerade so, als ob er den Geschäftsführer vertragsmäßig bestellt hätte[19]) Er ist also selbst dann haftbar, wenn er nicht bereichert ist, sei es, daß die Geschäftsführung erfolglos verlief, sei es, daß ihr anfänglicher Erfolg später wieder verloren ging.

Doch ändert sich diese Regel, wenn der Geschäftsführer zugleich im eigenen Interesse oder im Interesse eines Dritten handelte; alsdann kann er von dem Geschäftsherrn nur anteiligen Ersatz fordern.[20]) Dies gilt z. B. für die Arbeitslöhne in dem Falle oben S. 551 Abs. 2.

2. Die gleichen Pflichten hat der Geschäftsherr, wenn er die Geschäftsführung zwar thatsächlich nicht genehmigt, aber billigerweise genehmigen müßte. Dies ist der Fall, wenn die Übernahme und Fortsetzung der Geschäftsführung subjektiv dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen und objektiv dem Interesse des Geschäftsherrn entsprach. Daß auch der schließliche Erfolg der Geschäftsführung den Interessen des Geschäftsherrn gedient hat, ist hier so wenig wie bei der vom Geschäftsherrn wirklich genehmigten Geschäftsführung vorausgesetzt. — Wäre ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt worden, so braucht das erste (subjektive) der beiden eben genannten Erfordernisse nicht erfüllt zu sein; dagegen muß dem zweiten (objektiven) Erfordernisse auch in diesem Falle genügt werden.[21])

Beispiel. I. A. bemerkt, daß die Gartenmauer des B. einzustürzen droht; da B. verreist ist und keinen Vertreter hinterlassen hat, schickt A. zu dem Maurermeister C. Dieser bessert die Mauer auch aus und erhält von A. 30 Mk. dafür. Demnächst stürzt die Mauer trotz der Ausbesserung infolge einer Überschwemmung ein. A. kann trotzdem von B. Erstattung der 30 Mk. fordern. II. Gleicher Fall. Nur läßt sich feststellen, daß B. die Mauer sowieso abreißen und durch ein Eisengitter ersetzen wollte, weshalb die Ausbesserung seinem Interesse nicht diente. A. hat alsdann, auch wenn er diesen Umstand nicht kannte und nicht kennen konnte, einen Anspruch auf Erstattung der 30 Mk. nicht. III. Gleicher Fall. Nur war der Zustand der Mauer für die im Garten spielenden Kinder des B. lebensgefährlich. Alsdann greift der Ersatzanspruch des A. wieder Platz. Denn hier mußte eine Änderung der Mauer irgendwie vorgenommen werden. Besser wäre es freilich für B. gewesen, wenn A. die Mauer hätte einreißen lassen. Allein auch die Ausbesserung lag in diesem Falle in B.'s Interesse. Hier ist A. sogar dann ersatzberechtigt, wenn B. sich im voraus jede Einmischung A.'s seinerseits ausdrücklich verbeten hatte. Dagegen hätte A. einen Ersatzanspruch nicht, wenn die Entfernung der Mauer von B. bereits dem D. aufgetragen ist und von diesem ohne das Eingreifen des C. rechtzeitig besorgt worden wäre.

Die Regel zu 2 löst ein schwieriges Problem in Übereinstimmung mit einer der vielen im gemeinen Recht vertretenen Meinungen.[22]) Ganz anders waren die Vorschriften des preußischen Landrechts[23]): sie waren dem Geschäftsführer einerseits weit ungünstiger, weil sie ihm einen Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen nur dann gaben, wenn seine Geschäftsführung zur Abwendung eines Schadens, nicht bloß zur Beförderung eines Vorteils diente; sie waren ihm andererseits weit günstiger, weil sie ihm den Ersatzanspruch auch dann gewährten, wenn er sich mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn nicht in Übereinstimmung befunden hatte. — Unbedingt günstiger ist dem Geschäftsführer das französische und das sächsische Recht: jenes giebt dem Geschäftsführer den Ersatzanspruch, wenn „l'affaire (du

---

19) BGB. 684 Satz 2. 20) Siehe Pr. LR. I, 13 § 259.
21) BGB. 683. 22) Siehe Windscheid § 430[17], [21].
23) Pr. LR. I, 13 §§ 234, 235, 238.

maître) a été bien administrée, dieses, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegenden Pflichten erfüllt hatte.[24]).

3. Wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung weder genehmigt hat noch billigerweise genehmigen muß, braucht er die Aufwendungen des Geschäftsführers nicht zu erstatten, mag dieser noch so eifrig und gutgläubig gehandelt haben. Dagegen ist er zur Herausgabe der ihm durch die Geschäftsführung auf Kosten des Geschäftsführers zugewachsenen Bereicherung verpflichtet.[25])

4. Sowohl der Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen wie der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung fällt fort, wenn der Geschäftsführer bei seiner Geschäftsführung nicht die Absicht hatte, Ersatz zu fordern („unentgeltliche" Geschäftsführung). Doch muß der Geschäftsherr beweisen, daß diese Voraussetzung erfüllt ist; nur wenn Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt gewähren, spricht die Vermutung gegen die Absicht, Ersatz zu fordern.[26])

Auf eine unentgeltliche Geschäftsführung findet BGB. 516 Abs. 2 keine Anwendung (es sei denn, daß die Geschäftsführung eine „Zuwendung" enthält); der Geschäftsherr braucht also auch dann, wenn er es durchaus ablehnt, die Geschäftsführung als Schenkung anzunehmen, seine Bereicherung nicht herauszugeben.[27]) Auch die sonstigen Regeln des Schenkungsrechts, z. B. der Widerruf wegen Undanks, sind unanwendbar.

5. Auch eine Belohnung für seine persönliche Mühewaltung kann der Geschäftsführer (von dem Falle 4. abgesehen) fordern, wenn er durch seine Geschäftsführung dem Geschäftsherrn eine Ausgabe erspart, sich selbst dagegen um einen anderweiten Verdienst gebracht hat.[28])

IV 1. Faßt man die Regeln zu II und III zusammen, so kann man fünf verschiedene Arten der Geschäftsführung unterscheiden, wobei wir der Kürze wegen diejenige Geschäftsführung, welche vom Geschäftsherrn genehmigt ist oder billigerweise genehmigt werden müßte, (vom Standpunkte des Geschäftsführers aus gesehen) als „gelungen", jede andere als „mißlungen" bezeichnen.

a) Die gelungene entgeltliche Geschäftsführung. Der Geschäftsführer ist ersatzfrei und kann Erstattung seiner Aufwendungen fordern.

b) Die schuldlos mißlungene entgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzfrei, kann aber vom Geschäftsherrn bloß Herausgabe der Bereicherung fordern.

c) Die schuldhaft mißlungene entgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzpflichtig und kann vom Geschäftsherrn gleichfalls nur Herausgabe der Bereicherung fordern.

---

24) c. c. 1375, sächs. b. GB. 1352.

25) BGB. 684 Satz 1.

26) BGB. 685. Ebenso das gemeine Recht, Dernb. 2 § 122[32]; s. auch sächs. b. GB. 1353, 1354; anders das franz. Recht, Förtsch S. 212. Das preuß. Recht ist zweifelhaft.

27) Siehe oben S. 478 a, 482[17]. Abw. anscheinend Planck Anm. 5 zu § 516.

28) Siehe Pr. LR. I, 13 § 232.

d) Die gelungene oder schuldlos mißlungene unentgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzfrei und kann vom Geschäftsherrn garnichts fordern.

e) Die schuldhaft mißlungene unentgeltliche Geschäftsführung: der Geschäftsführer ist ersatzpflichtig und kann vom Geschäftsherrn gleichfalls garnichts fordern, vielmehr nur dessen etwaige Bereicherung von dem zu leistenden Schadensersatz abziehen.

2. Die Unterscheidung der eben genannten fünf Arten ist aber keine scharfe; denn auch bei der gelungenen Geschäftsführung kann dem Geschäftsführer im einzelnen ein Verschulden zur Last fallen, welches ihn ersatzpflichtig macht; in dem zu III, 2a genannten Beispiele sind etwa die Gartenanlagen B.'s durch A.'s Schuld beschädigt worden.

V. Zu beachten ist ferner folgendes.

1. Wird der Geschäftsführer ersatzpflichtig gemacht, so muß der Geschäftsherr nachweisen, daß die Geschäftsführung objektiv seinem Interesse oder subjektiv seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen widersprach. Verlangt der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen, so dreht die Beweislast sich um.[29])

2. Wird der Geschäftsführer ersatzpflichtig gemacht, so genügt es zu dessen Entlastung, wenn festgestellt wird, er habe sich über den objektiven Nutzen seiner Geschäftsführung und deren subjektive Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn entschuldbar geirrt.[30]) Fordert dagegen der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen, so muß der objektive Nutzen der Geschäftsführung und deren subjektive Übereinstimmung mit dem Willen des Geschäftsherrn als Thatsache feststehen.[31])

VI. Über die Rechtsverhältnisse, welche entstehen, wenn der auftraglose Geschäftsführer ein Rechtsgeschäft im Namen des Geschäftsherrn vornimmt, s. oben S. 229.

VII. Besondere Vorschriften gelten für einige Arten der auftraglosen Geschäftsführung, z. B. für die Auffindung einer verlorenen Sache[32]), für die Bergung und Hülfsleistung in Schiffahrtsnot.[33])

VIII. 1. Eine uneigentliche auftraglose Geschäftsführung liegt vor, wenn jemand fremde Geschäfte nicht im Interesse des Geschäftsherrn, sondern im eigenen Interesse oder im Interesse eines Dritten besorgt. Alsdann kommen nicht die Regeln von der eigentlichen auftraglosen Geschäftsführung, sondern die Regeln von der ungerechtfertigten Bereicherung oder von den unerlaubten Handlungen zur Anwendung.[34])

2. Nur wenn der Geschäftsführer sich dieser Art der Geschäftsbesorgung befleißigt, obschon er weiß, daß er dazu kein Recht hat, sind einige der Vor-

---

29) Siehe BGB. 678, 683. Im Falle von BGB. 679, 680 ist der Geschäftsführer beweispflichtig.

30) Siehe BGB. 678, 680 („bezweckt"). Anders im Falle von BGB. 679.

31) BGB. 683.

32) Siehe unten im Sachenrecht.

33) Siehe m. Lehrb. des Handelsrechts § 134.

34) BGB. 687 Abs. 1. Das bisherige gemeine und preußische Recht ist in diesem Punkte sehr bestritten, s. Dernb. 2 § 123[3], Eccius § 149[21]. Siehe auch sächs. GB. 1342.

schriften von der eigentlichen auftraglosen Geschäftsführung, nämlich die oben zu I, 4, II, 1. 3 genannten, anwendbar; macht der Geschäftsherr auf Grund dieser Vorschriften Ansprüche gegen den Geschäftsführer geltend, so muß er ihm seine durch die Geschäftsführung gewonnene Bereicherung herausgeben.[35])

Beispiel. A., der entlassene Kommis des B., macht auftraglos im Namen des B., aber für eigene Rechnung glückliche Börsenspekulationen. Wäre er nur wegen unerlaubter Handlung haftbar, so würde er bloß auf Schadensersatz belangt werden können; B. ist aber garnicht geschädigt. Ebenso wäre es ergebnislos, wenn A. wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangt werden würde; denn er ist zwar ungerechtfertigt bereichert, aber nicht aus dem Vermögen des B. Nun aber haftet er außerdem als Geschäftsführer und muß gemäß BGB. 681, 677 seinen ganzen Spekulationsgewinn an B. abgeben.

Zusatz. Die auftraglose Geschäftsbesorgung ist nach den Gesetzen des Ortes zu beurteilen, wo die Geschäftsführung vorgenommen ist oder wo der Geschäftsherr wohnt. Ersteres ist der Fall, wenn der Geschäftsherr, letzteres, wenn der Geschäftsführer Rechte aus der Geschäftsführung geltend macht. Doch sind beide Regeln zweifelhaft.

XVI. Der Leibrentenvertrag.

§ 155 a.

1. Bei dem Leibrentenvertrage übernimmt eine Partei die Entrichtung einer Leibrente, d. h. gewisser wiederkehrender Leistungen auf die Lebenszeit einer Person.

2. Der Leibrentenvertrag bildet keine besondere Vertragskategorie. Vielmehr kann er eine Schenkung, einen Kauf, einen Versicherungsvertrag u. s. w. darstellen. Doch stellt das bürgerliche Gesetzbuch für alle diese verschiedenen Vertragsarten, sofern sie zugleich Leibrentenverträge sind, einige gemeinsame Regeln auf.

a) Zur Gültigkeit des Leibrentenvertrages ist eine schriftliche Erklärung des Schuldners erforderlich, soweit nicht, wie bei der Schenkung einer Leibrente, eine noch strengere Form vorgeschrieben ist.[1])

b) Die Leibrente gilt im Zweifel für die Lebenszeit des Gläubigers; doch kann sie auch auf die Lebenszeit des Schuldners oder einer dritten Person gestellt sein.[2]) Die Schenkung einer Leibrente ist sogar auf die Lebenszeit sowohl des Gläubigers wie des Schuldners gestellt, d. h. sie erlischt mit dem Tode des Erstversterbenden.[3])

---

35) BGB. 687 Abs. 2. Ähnlich das gemeine Recht, Dernb. 2 § 123[1]. Das preußische Recht ist streitig, Dernb. Pr. Pr. 2 § 284[13].

1) BGB. 761. 2) BGB. 759 Abs. 1.

3) BGB. 520.

c) Wird ein bestimmter Rentenbetrag versprochen, so gilt er im Zweifel als Jahresbetrag.[4])

d) Die Leibrente ist im voraus zu entrichten. Und zwar sind Geldrenten für je drei Monate im voraus zu zahlen; bei einer anderen Rente bestimmt sich der Zeitabschnitt, für den sie im voraus zu entrichten ist, nach der Beschaffen-~~auf den Zeitab~~heit und dem Zweck der Rente.[5])

e) Hat der Gläubiger den Beginn des Zeitabschnittes erlebt, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, so gebührt ihm und seinen Erben der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag.[6])

f) Im übrigen gelten für den Leibrentenvertrag lediglich die allgemeinen Rechtsregeln, z. B. was die Folgen eines Verzuges des Rentenschuldners betrifft.[7])

3. Die Regeln zu 2 b—e gelten auch für solche Rentenverpflichtungen, die nicht vertragsmäßig, sondern z. B. durch Vermächtnis oder Gesetz begründet sind.

XVII. Der Spielvertrag.[1])

1. Der eigentliche Spielvertrag.

§ 156.

1. Für das Spiel ist ein doppeltes charakteristisch.

a) Das Spiel ist ein gewagtes Geschäft. Denn die Parteien versprechen sich gegenseitig Vermögensleistungen unter entgegengesetzten Bedingungen; welche dieser Bedingungen erfüllt werden wird, ist (wie bei allen ächten Bedingungen)[2]) ungewiß: keine Partei weiß also, ob sie aus dem Vertrage etwas zu empfangen oder etwas zu leisten haben, ob sie gewinnen oder verlieren wird.

b) Die Spielbedingungen sind derart bestimmt, daß die Beobachtung ihrer Erfüllung oder Nichterfüllung nach durchschnittlicher Auffassung — ausschließlich oder doch überwiegend — der Vergnügung der Vertragsparteien dienen soll.

2. a) Demgemäß gehören viele Beschäftigungen, die man im täglichen Leben als Spiele bezeichnet, nicht zu den Spielen im Rechtssinn, z. B. die Gesellschaftsspiele, das Kartenspiel „um die Ehre", das Theaterspiel. Denn diese „Spiele" sind keine gewagten Geschäfte.

Somit kann, wenn ein Lawntennisklub eines seiner Mitglieder auf Zahlung seiner Jahresbeiträge verklagt, die Klage nicht aus BGB. 762 abgewiesen werden.

---

4) BGB. 759 Abs. 2. 5) BGB. 760 Abs. 1, 2.

6) BGB. 760 Abs. 3.

7) Abweichende Regeln stellt Pr. LR. I, 11 § 606 flg. auf.

1) Wilda, Ztschr. f. D. R. 2 S. 133; 8 S. 200; Krügelstein, Unterschied von Spiel und Wette (69); Schuster, Spiel im D. Recht (78); Schönhardt, Alea (85).

2) Siehe oben S. 189.

b) Ebenso gehören viele gewagte Geschäfte, obschon man sie im täglichen Leben gleichfalls häufig mit dem Namen „Spiele" belegt, nicht zu den Spielen im Rechtssinn, z. B. das sogenannte Börsenspiel. Denn die Bedingungen des Börsenspiels haben nach durchschnittlicher Anschauung mit einer bloßen Vergnügung der Börsenbesucher nichts zu thun.

Das ist freilich bestritten. Manche streichen das Erfordernis, daß das Spiel dem Parteivergnügen dienen müsse, ersatzlos[3]); andere schieben ihm das negative Erfordernis unter, das Spiel dürfe keinem berechtigten, ernstlichen, legitimen, nützlichen Interesse dienen.[4]) Beide Ansichten scheinen mir unzutreffend. Erstere Ansicht führt dahin, auch solche Geschäfte, die ganz solide und einwandsfrei sind, für Spielgeschäfte, also für klaglos zu erklären; F. hat z. B. eine nach 3 Monaten zu bewirkende Lieferung zum Preise von x an G. übernommen; um sich gegen eine ihm nachteilige Preissteigerung zu versichern, macht er mit H. aus, daß, falls der Preis über x + 1 steigen sollte, H. ihm den Unterschied vergüten müsse, während, wenn der Preis unter x sinken sollte, er seinerseits den Unterschied an H. zu zahlen habe; dieses Geschäft ist gerade so reell wie etwa eine Feuerversicherung; warum soll es klaglos sein? Letztere Ansicht ist minder bedenklich. Aber ihr steht entgegen, daß nicht abzusehen ist, warum man gerade bei gewagten Geschäften auf deren Berechtigung, Nützlichkeit u. s. w. entscheidenden Wert legt, da doch bei allen anderen Geschäften, z. B. beim Kauf seltener Briefmarken, beim Kauf von Baustellen zu Spekulationszwecken u. s. w. hiernach nicht gefragt wird.

c) Ob die Parteien ihr Spiel im Einzelfall wirklich bloß zum Vergnügen betreiben wollen oder ob sie es einfach als Erwerbsgeschäft betrachten, ist gleichgültig. Es kommt hier, wie so oft im Rechte, nur auf den typischen, objektiven Charakter der Vertragsbedingungen an.

d) Gleichgültig ist ferner, ob der Eintritt der für das Spiel entscheidenden Bedingungen mehr oder minder vom Zufall abhängt[5]): auch das Schachspiel um Geld ist ein Spiel.

e) Gleichgültig ist weiter, ob die Parteien beim Spiele irgend eine Thätigkeit entwickeln oder nicht.[5a]) Deßhalb ist auch das Wetten am Totalisator als ein Spiel anzusehen.

f) Gleichgültig ist endlich, ob die Höhe des Gewinns oder Verlusts ungewiß ist oder nicht: auch das Kartenspiel, bei dem der Verlierer den im voraus feststehenden Betrag der Zeche aller Spieler zu bezahlen hat, ist ein Spiel.[6])

3. In einem Gegensatz zu anderen Verträgen steht das Spiel nicht. Vielmehr kann ein Geschäft gleichzeitig Spiel und Kauf, Spiel und Darlehn, Spiel und Gesellschaft sein u. s. w. Alsdann kommen die Regeln des Spiel- und Kaufrechts u. s. w. zusammen zur Anwendung.

Beispiel. A. kauft von B. einige Flaschen Wein; die Zahl der Flaschen, die B. liefert und die Zahl der Markstücke, die A. insgesamt als Preis bezahlen soll, wird durch Auswürfeln bestimmt. — Demnach wird auch der Hoffnungskauf (oben S. 398 c) nicht selten zugleich ein Spiel sein.

II. Rechtsverhältnisse der Spieler.

1. Das bürgerliche Gesetzbuch ist dem Spiele nicht geneigt. Allerdings geht es nicht soweit, wie das römische Recht, welches jede Spielschuld für nichtig erklärte und dem Verlierer, der seinen Verlust bezahlt hatte, die Rückforderung

---

3) So Endemann § 187[2]. Nur wenig enger Windscheid § 419[3], Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. 28 S. 293.

4) Dernb. Pr. Pr. 2 § 158[11] und neuerdings die Praxis des Reichsgerichts.

5) Abw. Dernb. Pr. Pr. 2 § 158[10]. 5a) Windscheid § 419[3]. Abw. Thöl, Verkehr mit Staatspapieren S. 235, Goldschmidt a. a. O. 28 S. 294.

6) Abw. Endemann § 187[2].

sogar binnen einer verlängerten Verjährungsfrist gestattete.[7]) Wohl aber versagt es, in Übereinstimmung mit dem mittelalterlichen deutschen Rechte[8]) und der jüngeren Gesetzgebung[9]), jedem, der aus einem Spielgeschäfte Ansprüche für sich herleitet, einfach das rechtliche Gehör. Mögen die Spieler spielen, wie sie wollen; mögen sie gewinnen und verlieren; nur sollen sie, wenn sie um ihr Spiel in Streit geraten, diesen Handel unter sich, mit ihrer Ehre und ihrem Gewissen ausmachen, nicht aber den Zwang der Rechtsordnung anrufen! Das Recht will mit dem Spiele nichts zu thun haben. — So erklärt es sich, daß das bürgerliche Gesetzbuch nicht in römischer Art einseitig für den Verlierer Partei nimmt, sondern beide Parteien gleich behandelt: mag es der Gewinner, mag es der Verlierer sein, wer auch immer aus dem Spiel einen Anspruch erhebt, wird abgewiesen.[10])

2. a) Demgemäß kann der Gewinner nicht auf Entrichtung des ihm gebührenden Gewinnes klagen und kann auch sein Recht auf den Gewinn nicht gegen eine Forderung, die dem Verlierer wider ihn zusteht, aufrechnen.

b) Ebensowenig kann aber der Verlierer, wenn er den Gewinn bereits entrichtet hat, seine Leistung zurückfordern.

Auch dann hat der Verlierer kein Rückforderungsrecht, wenn er für seinen etwaigen Verlust Sicherheit bestellt oder gar einen Vorschuß geleistet hat.[11]) Nur wenn die Sicherheit oder der Vorschuß mehr beträgt als sein Verlust, kann er die Rückgewähr des Mehrbetrages verlangen; denn er darf doch in keinem Falle schlechter gestellt werden, als ein Schuldner, der aus einem vollwirksamen Rechtsgeschäft verpflichtet ist. Deshalb kann er auch zurückfordern, was er irrtümlich über seinen wirklichen Verlust hinaus bezahlt hat. Freilich giebt das Gesetz selbst über alle diese Fragen keine Auskunft.

3. Wie das Spielgeschäft selbst, ist auch der Auftrag zum Spielen zu behandeln; deshalb kann ein Beauftragter, der im Namen des Auftraggebers oder im eigenen Namen Einsätze gemacht und verloren hat, deren Erstattung nicht verlangen.[12]) Dagegen ist ein Darlehn zu Spielzwecken vollgültig.[13]) Diese Unterscheidung hat ihren Grund darin, daß die Verwendung zu Spielzwecken beim Auftrage die wesentliche Voraussetzung des Ersatzanspruchs bildet, dagegen beim Darlehn rechtlich belanglos ist.

4. Ausnahmsweise kann der Verlierer auch den bereits bezahlten Verlust zurückfordern,

a) wenn dem Gewinner Unredlichkeiten nachgewiesen werden können,

b) wenn der Gewinner entgegen der Vorschrift von StrGB. 284 aus dem Glücksspiel ein Gewerbe macht, während der Verlierer nur Gelegenheitsspieler ist.[14])

---

7) Windscheid § 419, 420[5]. 8) Stobbe 3 § 194, 1.

9) Pr. LR. I, 11 § 577, 578; sächs. b. GB. 1480. Dagegen läßt c. c. 1966 unter Umständen eine Klage auf den Spielgewinn zu. Das gemeine Recht ist bestritten: Windscheid § 419[7]; Stobbe 3 § 194, 2, 3.

10) BGB. 762. 11) Anders RBörsGes. v. 22. 6. 96 § 66 Abs. 3.

12) Siehe RBörsGes. v. 22. 6. 96 § 66 Abs. 2.

13) Ebenso das gemeine Recht Windscheid § 420[7]. Abw. Pr. LR. I, 11 § 581.

14) Gemäß BGB. 134, 817.

Dagegen kann auf einen Verstoß gegen StrGB. 360 Nr. 14 (Verbot des Glücksspiels auf öffentlichen Straßen u. s. w.) ein Rückforderungsrecht des Verlierers nicht gegründet werden; denn diese rein polizeiliche Vorschrift bezweckt schwerlich, die ihr zuwiderlaufenden Spielverträge für nichtig zu erklären.

2. Spielähnliche Verträge.

§ 157.

1. Die Wette. Hier verspricht jede Partei der anderen eine Vermögensleistung für den Fall, daß sie mit einer Behauptung unrecht, die andere Partei mit ihrer Gegenbehauptung recht habe. — Die Wette ist dem Spiele wirtschaftlich und sittlich nahe verwandt; denn sie ist, wie das Spiel, ein gewagtes Geschäft und dient nach durchschnittlicher Anschauung überwiegend der Vergnügung der Parteien; wenn die Parteibehauptungen sich auf die Zukunft beziehen, ist sie sogar einfach eine Art des Spiels. Demgemäß unterwirft das bürgerliche Gesetzbuch die Wette den gleichen Regeln wie das Spiel.[1])

Diese Gleichstellung von Wette und Spiel entspricht dem jetzigen sächsischen und französischen Recht.[2]) Dagegen giebt Pr. LR. I 11 § 579 aus dem Wettgeschäft eine Klage auf den Wetteinsatz, wenn dieser gerichtlich oder bei einem Dritten hinterlegt ist. Im gemeinen Recht ist die Wette sogar ohne diese Beschränkung voll wirksam.[3]) — Die Rückforderung bezahlter Wettsummen ist, wie beim Spiel, zulässig, wenn der Gewinner betrügerisch gehandelt hat. Ein Betrug kann im Einzelfalle schon darin liegen, daß der Gewinner die Richtigkeit seiner Behauptung sicher kannte und dies dem Gegner verschwieg.

2. Die Lotterie ist eine Verbindung einer Mehrheit von Verträgen, bei welchen auf der einen Seite der Lotterieunternehmer, auf der anderen Seite die einzelnen Lotteriespieler als Vertragsparteien gemäß eines vom Unternehmer öffentlich bekannt gemachten Planes beteiligt sind. Die Lotteriespieler haben sämtlich einen festen „Einsatz" unbedingt zu entrichten und erhalten dafür ihre Lose; der Lotterieunternehmer verspricht dagegen den einzelnen Spielern eine Gegenleistung nur bedingt, nämlich nur dann, wenn sie in der Losziehung mit einem Gewinn herauskommen; und zwar sind die Gegenleistungen des Unternehmers an die einzelnen Gewinner meist verschieden groß; wie viel jeder Gewinner erhält, wird nach Maßgabe des Lotterieplanes gleichfalls durch Losziehung festgestellt. — Ob die Lotterie ein Spiel ist, war im bisherigen Rechte bestritten und ist auch thatsächlich zweifelhaft.[4]) Denn die Lotterie ist im Laufe der Zeit zu einem Geschäfte eigener Art ausgestaltet, welchem mindestens auf seiten des Unternehmers jeder Spielzweck, jede Absicht bloßer Vergnügung nicht bloß im Einzelfall, sondern typisch fern liegt. Auch sorgt der Lotterieplan — gleichfalls typisch — dafür, daß auf seiten des Unter-

1) BGB. 762. 2) Sächs. b. GB. 1480 c. c. 1965.
3) Stobbe 3 § 193[18].
4) G. Cohn in Endemann's Handb. des Handelsrechts 3 S. 36 (85).

nehmers ein Wagnis kaum vorhanden ist. Das bürgerliche Gesetzbuch unterwirft aber die Lotterie trotzdem dem Spielrecht, und macht nur für die staatlich genehmigten Lotterieen eine Ausnahme.[5]) — Demgemäß haben wir drei Arten der Lotterieen zu unterscheiden: genehmigte Lotterieen, verbotene Lotterieen, Lotterieen, die weder genehmigt noch verboten, also gleichsam neutral sind.

Unter den „verbotenen" Lotterieen verstehen wir hier nur solche Lotterieen, die durch das Verbot für nichtig erklärt sind. Ob dies der Fall, ist für jedes einzelne landesgesetzliche Lotterieverbot besonders zu prüfen. Über das preußische Verbot des Spielens in nicht preußischen Lotterieen s. RG. 18 S. 243 (übrigens ein nicht einwandsfreies Urteil).

Kann ein Einzelstaat für sein Gebiet eine Lotterie untersagen, die in einem anderen Einzelstaate genehmigt ist? Diese Frage ist zu bejahen.[6]) Denn wie käme z. B. Preußen dazu, den Vertrieb der Lose einer Berliner Dombaulotterie in Berlin gestatten zu müssen, weil Reuß j. L. einem in Gera wohnhaften Agenten die Veranstaltung einer derartigen Lotterie erlaubt hat? Dem steht auch BGB. 763 nicht entgegen; denn hier ist nicht einmal angedeutet, daß ein Einzelstaat Lotterieen für ganz Deutschland erlauben könnte. Man vergleiche dem entgegen die Formulierung von BGB. 22, 795 Abs. 2.

a) Die genehmigten Lotterieen sind vollgültig. Hier kann also der Unternehmer auf Einzahlung der zugesagten, aber noch nicht entrichteten Einsätze klagen.[7]) Ebenso können die Mitspieler darauf klagen, daß die Gewinnziehung planmäßig stattfindet (mögen auch noch nicht alle Lose abgesetzt sein) und daß ihnen die bei der Gewinnziehung ausgelosten Gewinne planmäßig ausgezahlt werden.

b) Die neutralen Lotterieen werden wie gewöhnliche erlaubte Spiele behandelt; der Unternehmer kann also auf die rückständigen Einsätze nicht klagen; ebensowenig können die Spieler auf Vornahme der Gewinnziehung oder auf Auszahlung ihrer Gewinne klagen. Andererseits ist eine Rückforderung der einmal bezahlten Einsätze und Gewinne unstatthaft.

c) Die verbotenen Lotterieen endlich sind nichtig. Hier kann also der Mitspieler sogar den bereits entrichteten Einsatz zurückfordern, wenn er nicht etwa durch Teilnahme an der verbotenen Lotterie selber zum Mitschuldigen geworden ist.

3. Das Ausspielgeschäft. Es hat zum Inhalt, daß gewisse individuell oder nur der Gattung nach bestimmte Sachen durch Lotterie oder Spiel den an dem Geschäft beteiligten Personen bedingt versprochen werden. Es wird vom bürgerlichen Gesetzbuch der Lotterie gleichgestellt.[8])

4. Das Differenzgeschäft. Es gehört überwiegend dem Handelsrechte an und ist deshalb hier nicht zu erörtern.[9])

---

5) BGB. 763. 6) Abw. Endemann § 188[22], [23].
7) Anders Pr. LR. I, 11 § 558. 8) BGB. 763.
9) Siehe m. Lehrb. das Handelsrecht § 78.

XVIII. Die Bürgschaft.[1])

1. Die eigentliche Bürgschaft.

§ 158.

I. Begriff.

1. Bei der Bürgschaft verpflichtet sich eine Partei, der Bürge, gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten, des sog. Hauptschuldners, aufzukommen.[2])

2. Die Bürgschaft unterscheidet sich von allen bisher besprochenen Verträgen deutlich durch ihren „accessorischen" Charakter: sie setzt voraus, daß außer der in der Person des Bürgen begründeten „Bürgschaftsschuld" noch eine zweite in der Person des Hauptschuldners begründete „Hauptschuld" besteht. Zweck der Bürgschaftsschuld ist lediglich die Sicherung der Hauptschuld. Demgemäß ist die Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld rechtlich abhängig.

II. Gegenstand der Bürgschaft.

1. Eine Bürgschaft kann für Verpflichtungen aller Art, also nicht bloß für Geldverpflichtungen übernommen werden.

2. Die Hauptschuld kann zu der Zeit, da der Bürgschaftsvertrag abgeschlossen wird, längst begründet sein. Nicht selten wird aber Hauptschuld und Bürgschaftsschuld auch gleichzeitig (vielleicht sogar in einem einheitlichen Vertrage, an dem alsdann drei Vertragsparteien, Gläubiger, Hauptschuldner und Bürge teilnehmen) begründet. Schließlich kann die Begründung der Hauptschuld auch dem Abschluß des Bürgschaftsvertrages nachfolgen: Bürgschaft für „zukünftige" Hauptschulden.[3])

Namentlich im kaufmännischen Verkehr sind solche im voraus übernommene Bürgschaften häufig: A. verbürgt sich für alle Verpflichtungen, die B. binnen der nächsten 3 Jahre in seinem geschäftlichen Verkehr mit C. gegen letzteren eingehen wird.

3. Ist eine Bürgschaft für zukünftige Verpflichtungen zulässig, so ist sie umsomehr für gegenwärtige, aber befristete oder bedingte Verpflichtungen statthaft.[4])

III. Abschluß der Bürgschaft.

1. a) Die Bürgschaft ist ein Vertrag, nicht etwa eine einseitige Willenserklärung des Bürgen. Sie bedarf also der Annahme seitens des Gläubigers.

b) Dagegen ist eine Annahme seitens des Hauptschuldners weder erforderlich noch genügend. Ja, der Hauptschuldner braucht von der Bürgschaft garnichts

---

1) Girtanner, Bürgschaft (51); Hasenbalg, Bürgschaft (70); Geib, z. Dogm. röm. Bürgschaftsr.s (94).

2) BGB. 765.

3) BGB. 765 Abs. 2.

4) BGB. 765 Abs. 2.

zu wissen. Sogar, daß er der Bürgschaftsübernahme widerspricht, schadet nichts.

2. a) Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages wird eine schriftliche Erklärung des Bürgen gefordert.[5]) Mit gutem Grunde. Denn Bürgschaften werden gar zu oft in unvorsichtiger Übereilung übernommen; auch ist es oft schwierig zu entscheiden, ob der angebliche Bürge wirklich eine Bürgschaft hat übernehmen und nicht vielmehr den Hauptschuldner bloß nach bestem Wissen, aber ohne Verbindlichkeit, hat empfehlen wollen. Beiden Gefahren beugt das Erfordernis der Schriftform wirksam vor. — Der Mangel der Schriftform wird dadurch geheilt, daß der Bürge die Hauptschuld freiwillig erfüllt[6]); in der That walten gegen eine erfüllte Bürgschaft nicht die gleichen Bedenken ob, wie gegen ein bloßes Bürgschaftsversprechen. — Sonach kann der Bürge das von ihm Geleistete selbst dann nicht zurückfordern, wenn er zur Zeit der Leistung seine Bürgschaft in Unkenntnis ihres Formmangels für vollgültig erachtet hatte.

b) Die Annahmeerklärung des Gläubigers kann formlos, sogar stillschweigend abgegeben werden.

3. Im gemeinen und preußischen Recht waren die Bürgschaften der Frauen früher sehr erschwert[7]). Die hierhergehörigen Vorschriften sind aber sowohl in Preußen wie in den meisten gemeinrechtlichen Gebieten längst aufgehoben.[8]) Das bürgerliche Gesetzbuch schafft sie ganz ab.

IV. Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger.

Die Bürgschaft ist kein gegenseitiger Vertrag; denn sie verpflichtet nur den Bürgen, nicht den Gläubiger. Dies gilt auch dann, wenn die Hauptschuld auf einem gegenseitigen Vertrage beruht. Allerdings liegen in diesem Falle dem Gläubiger Pflichten ob, aber nicht gegenüber dem Bürgen, sondern nur gegenüber dem Hauptschuldner. Der Bürge kann demgemäß auf Erfüllung dieser Gläubigerpflichten nicht positiv klagen, sondern nur negativ, solange die Gläubigerpflichten unerfüllt sind, auch die Erfüllung der Bürgenpflichten verweigern. — Im Folgenden ist denn auch nur von Verpflichtungen des Bürgen die Rede.

1. Der Bürge hat die Verpflichtungen des Hauptschuldners zu erfüllen, aber nur soweit, als er die Bürgschaft für sie übernommen hat. Sonach gehen seine Verpflichtungen nicht über die des Hauptschuldners hinaus; ist z. B. die Verpflichtung des Hauptschuldners unverzinslich, so braucht auch der Bürge

---

5) BGB. 766. Ebenso das bisherige preuß. Recht: Pr. LR. I, 14 § 203. Ausnahme im Handelsverkehr: HGB. II, 350, 351.

6) BGB. 766.

7) Dernb. 2 § 84, Pr. LR. II, 14 § 221 flg.

8) Preuß. Ges. v. 1. 12. 69; Würtemb. 1828, Bayern 1871 u. s. w. Stobbe 3 § 192[58].

keine Zinsen zu zahlen; steht der Hauptschuldner nur für grobes Verschulden ein, so ist auch die Haftung des Bürgen auf grobes Verschulden beschränkt u. s. w. Dagegen können die Verpflichtungen des Bürgen sehr wohl hinter denen des Hauptschuldners zurückbleiben; so kann z. B., während der Hauptschuldner Kapital und Zinsen schuldet, der Bürge sich nur für die Kapitalschuld verbürgt haben; wenn der Hauptschuldner für Zufall haftet, kann der Bürge die Haftung bloß für ein Verschulden des Hauptschuldners übernommen haben u. s. w. — Ob die Verpflichtung des Bürgen sich mit der des Hauptschuldners decken oder hinter ihr zurückbleiben soll, ist durch gewöhnliche Auslegung der Bürgschaftserklärung zu ermitteln. Nur nach drei Richtungen greifen gesetzliche Vorschriften platz, eine zu gunsten, zwei zu ungunsten des Bürgen.[9])

a) Zu gunsten des Bürgen ist bestimmt, daß seine Verpflichtung durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wohl beschränkt, nicht aber erweitert werden kann.

b) Zu ungunsten des Bürgen ist bestimmt, daß seine Haftung durch eine Änderung der Verpflichtung des Hauptschuldners, die nachträglich auf nicht rechtsgeschäftlichem Wege, insbesondere durch Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners, eintritt, nicht bloß beschränkt, sondern auch erweitert wird.

c) Zu ungunsten des Bürgen ist ferner bestimmt, daß seine Haftung sich auch auf die Kosten der Kündigung und gerichtlichen oder außergerichtlichen Beitreibung der Hauptschuld bezieht, soweit diese Kosten dem Gläubiger vom Hauptschuldner zu ersetzen sind.

Beispiel. A. hat 1900 an B. eine Wohnung auf unbestimmte Zeit gegen einen Mietzins von 1000 Mk. jährlich vermietet; für 1903 vereinbaren A. und B. eine Erhöhung des Mietzinses auf 1200 Mk., von 1904 ab eine Ermäßigung auf 900 Mk.; zum 1. Januar 1905 kündigt B. die Wohnung, nimmt aber im Einverständnis mit A. die Kündigung zurück. C., der die Haftung für die Verpflichtungen des B. aus dem Mietvertrage übernommen hat, haftet für den Mietzins von 1000 Mk. bis 1903, von 900 Mk. bis 1. Januar 1905; hat B. die Wohnung vor 1905 schuldhaft beschädigt, so ist C. gleichfalls haftbar. Dagegen haftet er für die Mieterpflichten B.s von 1905 ab und für die Mieterhöhung des Jahres 1903 nicht.

2. a) Der Bürge kann alle Einreden und Einwendungen, die dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehen, gleichfalls geltend machen, mögen sie auch erst nach Übernahme der Bürgschaft entstanden sein, z. B. die Einrede der fehlenden Gegenleistung, die Einrede der Verjährung, den Einwand, daß die Hauptschuld auf einem Wucher- oder Spielgeschäft beruhe. Er behält die Einreden des Hauptschuldners auch dann, wenn dieser selbst auf sie verzichtet hat.[10])

Dem entspricht es, daß sich der Bürge, wenn der Hauptschuldner nur beschränkt haftet,

---

9) BGB. 767. Ähnlich das gemeine Recht Windscheid § 477[25], [26], sächs. b. GB. 1456. Günstiger für den Bürgen ist Pr. LR. I, 14 § 258 flg., teilweise günstiger, teilweise ungünstiger c. c. 2016.

10) BGB. 768.

der gleichen Beschränkung erfreut. Hat er sich z. B. für eine Nachlaßschuld verbürgt, für welche der Hauptschuldner nur mit dem Nachlaß haftet, so steht auch er nicht über die Kräfte des Nachlasses ein. Nur dann, wenn die Hauptschuld sich erst nachträglich durch des Hauptschuldners Tod in eine Nachlaßschuld verwandelt, kann der Bürge sich auf die beschränkte Haftung der Erben des Hauptschuldners nicht berufen.[11])

b) Die Regel zu a erleidet eine Ausnahme: der Bürge kann sich auf einen vom Hauptschuldner abgeschlossenen Zwangsvergleich nicht berufen.[12])

Nach bisherigem Rechte waren dem Bürgen noch andere Einwendungen des Hauptschuldners entzogen[13]), z. B. nach preußischem Rechte der Einwand, daß der Hauptschuldner bei Begründung der Hauptschuld geschäftsunfähig gewesen sei.[14]) Das BGB. kennt diese Regel nicht. — Nach dem sächs. b. GB. 1459 kann der Bürge sich auf solche Einwendungen des Hauptschuldners nicht berufen, die ihm bei Übernahme der Bürgschaft bekannt waren. Auch diese Regel ist vom BGB. nicht übernommen; es wird also fortab für jeden Einzelfall zu prüfen sein, ob in einer derartigen Bürgschaftsübernahme ein Verzicht des Bürgen auf den Einwand liegt.

c) Ist der Gläubiger befugt, sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners zu befriedigen, so kann der Bürge zwar die Aufrechnung selber nicht vornehmen; er kann aber solange, als das Aufrechnungsrecht des Gläubigers besteht, die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verweigern.[15])

Wie steht es, wenn nicht bloß der Gläubiger, sondern auch der Hauptschuldner oder wenn allein der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist? ~~Hier nehme ich an, daß der Bürge nach der Analogie von BGB. 768 Satz 1 nicht bloß die Erfüllung der Bürgschaft verweigern, sondern die Aufrechnung selbständig vollziehen kann, sogar gegen den Willen des Hauptschuldners.~~ Die Frage ist ~~freilich recht~~ zweifelhaft. Allein das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners kann ~~nicht~~ zum Nachteil des Bürgen unberücksichtigt bleiben. Und es kann gegenüber der engen Fassung von BGB. 770 Abs. 2 auch nicht ebenso wie das Aufrechnungsrecht des Gläubigers behandelt werden.[16]) — Ein Beispiel, in dem unsere Frage praktisch wird, ist, daß A. eine fällige Darlehnsforderung gegen B., B. eine fällige Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gegen A. hat und C. sich für B. verbürgt. 393.

d) Ist der Hauptschuldner befugt, das Rechtsgeschäft, auf welchem seine Schuld beruht, anzufechten, so gelten gleiche Regeln wie im Falle c. Der Bürge kann also die Anfechtung selber nicht erklären; er kann aber solange, als das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners besteht, die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verweigern. Verwirkt der Hauptschuldner das Anfechtungsrecht durch Fristablauf oder Verzicht, so geht auch die Einrede des Bürgen verloren.[17])

3. a) Außer den etwaigen Einreden des Hauptschuldners steht dem Bürgen, wie im bisherigen Recht, eine selbständige Einrede zu: die Einrede der Vor=

---

11) BGB. 768. 12) KonkOrdn. 193.

13) Dernb. 2 § 79^5, ^{6}, c. c. 2036.

14) Pr. LR. I, 14 § 254. Siehe Eccius § 144^{24}, Dernb. Pr. Pr. 2 § 242^7. Ebenso c. c. 2012.

15) BGB. 770 Abs. 2. Nach bisherigem Recht war der Bürge aufrechnungsberechtigt: Dernb. 2 § 63^7, Eccius § 144^{88}, c. c. 1294, sächs. b. GB. 988, 1459.

16) Siehe auch HGB. II, 129 Abs. 3. Die Denkschrift zu letzterer Bestimmung S. 102 (Guttentag'sche Ausgabe) wirft das Aufrechnungsrecht des Gläubigers und Hauptschuldners durcheinander.

17) BGB. 770 Abs. 1.

ausklage (beneficium excussionis).[18]) Der Bürge soll nämlich dem Gläubiger erst in zweiter Reihe, erst hinter dem Hauptschuldner haftbar sein. Sonach kann er die Erfüllung der Bürgschaftsschuld verweigern, wenn der Gläubiger nicht zuvor gegen den Hauptschuldner vorgegangen ist, genauer: wenn der Gläubiger nicht vorher einen vollstreckbaren Titel gegen den Hauptschuldner erwirkt und kraft dessen eine Zwangsvollstreckung gegen ihn ohne Erfolg versucht hat.[19])

Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz (wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte seine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte) versucht werden. Steht dem Gläubiger ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen, selbst wenn die Sache sich an einem anderen Orte als der eben genannten befindet. In unbewegliche Sachen und sonstige Aktiva des Hauptschuldners braucht die Zwangsvollstreckung niemals versucht zu werden.[20]) — Das bisherige Recht kannte diese Regel nicht, war also dem Bürgen weit günstiger; siehe z. B. Pr. LR. I, 14 §§ 287, 289. Nur c. c. 2023 war dem Bürgen ungünstiger, indem es ihn verpflichtete, dem Gläubiger nachzuweisen, wie er den Hauptschuldner fassen konnte, und die Kosten der Vorausklage vorzuschießen.

Der Beweis, daß die Vorausklage erfolglos geschehen ist, liegt dem Gläubiger[21]) ob; dagegen ist der Bürge beweispflichtig, wenn er behauptet, der Hauptschuldner habe den Gläubiger anderweit befriedigt.

Höchst beachtenswert ist, daß die altdeutschen Rechtsquellen die Einrede der Vorausklage nur teilweise anerkennen; manche Quellen lassen nämlich den Bürgen in gleicher Reihe mit dem Hauptschuldner oder gar vor dem Hauptschuldner haften.[22])

b) Ausgeschlossen ist die Einrede der Vorausklage, 1) wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet[23]), 2) wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Bürgschaftsübernahme eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist; dies wird nur der Fall sein, wenn die Verlegung an einen unbekannten Ort oder in das Ausland erfolgt, aber auch hier nicht immer; 3) wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist; 4) wenn (z. B. auf Grund einer von einem anderen Gläubiger versuchten Zwangsvollstreckung) anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung über das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird.[24])

In den Fällen zu 3 und 4 ist die Einrede doch zulässig, insoweit der Gläubiger sich aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hat.[25])

---

18) Pr. LR. I, 14 § 283 weicht insofern ab, als die Vorausklage gegen den Hauptschuldner keine Einrede des Bürgen bildet, sondern zum Fundament der Klage des Gläubigers gegen den Bürgen gehört.

19) BGB. 771. 20) BGB. 772.

21) Abw. Schollmeyer S. 86². 22) Stobbe 3 § 191, 2.

23) Siehe unten S. 572, 1 a.

24) BGB. 773 Abs. 1. Ein weiterer Fall, in dem die Einrede ausgeschlossen ist, gehört dem Handelsrecht an: HGB. II, 349, 351. 25) BGB. 773 Abs. 2.

Das bisherige Recht stimmt mit den vorstehenden Regeln überein, freilich mit Abweichungen im einzelnen.[26]) Nur das französische Recht hat eine grundsätzlich verschiedene Auffassung, s. oben S. 567 Abs. 2 am Ende.

4. a) Nicht selten wird die Bürgschaft nur auf bestimmte Zeit übernommen. Alsdann wird der Bürge nicht etwa sofort mit dem Ablauf der Zeit haftfrei. Wohl aber ist der Gläubiger gehalten, unverzüglich nach Ablauf der Zeit seine Forderung gegen den Hauptschuldner durch Klage und Zwangsvollstreckung zu betreiben, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortzusetzen und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzuzeigen, daß er ihn in Anspruch nehme. Verletzt der Gläubiger diese Obliegenheiten, so ist der Bürge nunmehr befreit. Erfüllt dagegen der Gläubiger die Obliegenheiten, so bleibt der Bürge haftbar, jedoch mit der Beschränkung, daß eine Erweiterung der Hauptschuld, die nach der Beendigung des Verfahrens eintritt, ihm unschädlich ist.[27])

b) Ist die Hauptschuld bei Ablauf der Bürgschaftszeit noch nicht fällig, so muß der Gläubiger, wenn er die Fälligkeit durch Kündigung herbeiführen kann, nach Ablauf der Zeit unverzüglich zur Kündigung schreiten; die Haftzeit des Bürgen wird also um die volle Dauer der Kündigungsfrist verlängert. Hat der Gläubiger dagegen kein Kündigungsrecht, so ist der Bürge sofort mit Ablauf der Bürgschaftszeit befreit.[28])

c) Die Regeln zu a und b gelten nicht, wenn die Bürgschaft für eine erst in Zukunft zu begründende Hauptschuld übernommen ist. Vielmehr ist hier durch freie Auslegung zu ermitteln, in welcher Absicht der Bürge seine Haftung zeitlich begrenzt hat. Es ist z. B. sehr wohl möglich, daß der Bürge nur hat sagen wollen, er wolle bloß für solche Schulden haften, die innerhalb der Zeit begründet (und fällig?) werden, während ihm an einer besonders beschleunigten Betreibung der Schulden im Sinne der Vorschriften zu a und b garnicht gelegen war.

d) Das bisherige Recht[29]) hat bestimmt, daß der Gläubiger auch dann, wenn die Bürgschaft zeitlich nicht beschränkt ist, die Betreibung der Hauptforderung nicht beliebig verzögern darf („Diligenzpflicht des Gläubigers"). Mit gutem Grunde! Kann doch eine Nachsicht, die der Gläubiger absichtlich oder unabsichtlich gegen den Hauptschuldner übt, gar zu leicht auf Kosten des Bürgen gehen, da während der Säumnis des Gläubigers die Vermögenslage des Hauptschuldners sich verschlechtern und dadurch die Einrede der Vorausklage wie das Rückgriffsrecht des Bürgen entwertet werden kann. Dennoch hebt das BGB. jene Bestimmung auf[30]): der Bürge mag also fortab, wenn der Gläubiger nachsichtig ist, selber für sich sorgen, z. B. durch eine Beschlagnahme des hauptschuldnerischen Vermögens.

5. Die Haftung des Bürgen erlischt, abgesehen von den für alle anderen Verpflichtungen geltenden Gründen[31]):

a) durch Aufhebung der Hauptschuld,

b) durch unterschiedsloses Zusammentreffen der Haupt- und der Bürgschaftsschuld in der nämlichen Person,

c) durch Kündigung des Bürgen, wenn die Bürgschaft für zukünftige Verpflichtungen in unbestimmter Zahl auf unbestimmte Zeit übernommen war.

---

26) Dernb. 2 § 79[11], Pr. LR. I, 14 § 257 flg., sächs. b. GB. 1462.

27) BGB. 777. Feste Fristen für die Betreibung des Hauptschuldners schreiben vor Pr. LR. I, 14 § 320, sächs. b. GB. 1467. Das gemeine und franz. Recht regelt den Fall nicht.

28) Im BGB. ist diese Frage nicht geregelt.

29) Windscheid § 478[10]; Pr. LR. I, 14 § 328; sächs. b. GB. 1466.

30) Siehe aber unten S. 570 d. 31) Siehe auch noch S. 570 d.

Die altdeutsche Regel, daß die Bürgschaftsschuld mit dem Tode des Bürgen erlischt, ist schon seit der Rezeption beseitigt.[32])

V. **Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner.** Auch dies Rechtsverhältnis ist ein einseitiges, wie das zwischen Bürgen und Gläubiger, und zwar derart, daß der Bürge die allein berechtigte Partei ist, während die Pflichten ausschließlich dem Hauptschuldner zur Last fallen. Doch ist das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen und das zwischen Bürgen und Hauptschuldner im übrigen recht verschieden; denn jenes ist immer vertragsmäßig; dieses kann dagegen ebensogut außervertraglich sein, da ja der Bürge nur mit dem Gläubiger, nicht aber mit dem Hauptschuldner einen Vertrag geschlossen zu haben braucht.

1. Die Hauptbefugnis des Bürgen ist, daß er, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, den Rückgriff auf den Hauptschuldner nehmen kann. Zu diesem Behufe hat er ein zwiefaches Recht. Erstlich geht die Forderung des Gläubigers samt den zur Sicherung bestellten Pfandrechten, den Ansprüchen gegen die Mitbürgen u. s. w., von Gesetzes wegen auf den Bürgen über; das Gesetz nimmt also an, daß der Bürge nicht zahlt, um den Hauptschuldner zu befreien, sondern um selber an des Gläubigers Statt dessen Forderung zu erwerben; sonach kann der Bürge als Rechtsnachfolger des Gläubigers gegen den Hauptschuldner vorgehen.[33]) Zweitens kann der Bürge sein Rückgriffsrecht auch auf die Rechtsbeziehungen stützen, die unmittelbar zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehn; er kann also gegen den Hauptschuldner kraft eigenen Rechtes vorgehen.

Hat der Bürge den Gläubiger nur teilweise befriedigt, so geht auch nur ein Teil der Forderung auf ihn über, es sei denn[34]), daß der Gläubiger ihm freiwillig die ganze Forderung abtritt.

a) Das Rückgriffsrecht steht aber dem Bürgen nicht ausnahmslos zu. Vielmehr muß er, wenn er kraft eigenen Rechtes Ansprüche gegen den Hauptschuldner geltend macht, dies sein Recht besonders begründen, z. B. gemäß den zwischen ihm und dem Hauptschuldner getroffenen Vereinbarungen oder gemäß den Regeln über auftraglose Geschäftsführung oder ungerechtfertigte Bereicherung. Stützt er sich dagegen als Rechtsnachfolger des Gläubigers auf dessen Forderung, so braucht er zwar seine eigenen Rechtsbeziehungen zum Hauptschuldner nicht weiter darzulegen; wohl aber kann der Hauptschuldner seinerseits einwandweise darauf Bezug nehmen und darthun, daß der Bürge den Rückgriff auf ihn nicht nehmen dürfe.[35])

---

32) Stobbe 3 § 191⁹, ¹².

33) BGB. 774 Satz 1. Ebenso Pr. LR. I, 14 § 338, c. c. 2029; dagegen bedurfte es nach gemeinem und sächsischem Recht einer rechtsgeschäftlichen Abtretung des Gläubigerrechts an den Bürgen; der Bürge brauchte aber nur zu zahlen, wenn die Abtretung wirklich erfolgte (beneficium cedendarum actionum). Dernb. 2 § 80⁶; sächs. b. GB. 955.

34) Abw. Endemann § 192².   35) BGB. 774 Satz 3.

Beispiel I. A. hat sich in B.'s Auftrag für ein dem B. von C. gegebenes Darlehn verbürgt; er hat den Rückgriff aus eigenem Recht (gemäß BGB. 670) wie als Rechtsnachfolger C.'s. II. M. will auf seine Wechselforderung gegen N. verzichten, weil er die Mittellosigkeit des Schuldners kennt; da greift der mit N. verfeindete O. ein, übernimmt trotz N.'s Widerspruch die Bürgschaft für den Wechsel und bestimmt den M., den Verzicht nicht zu erklären. Hier kann O. den Rückgriff aus eigenem Rechte gegen N. nicht nehmen: denn er hat nicht in N.'s Auftrage gehandelt und hat auch N.'s Interessen nicht gefördert, ihn namentlich nicht bereichert. Wohl aber kann O. als Rechtsnachfolger M.'s gegen N. klagen. III. S. betreibt eine Schankwirtschaft in eigenem Namen, aber im Auftrage und für Rechnung des T.; für den Kaufpreis des von S. angeschafften Bieres übernimmt T. dem Bierbrauer U. gegenüber die Bürgschaft. Hier ist es selbstverständlich, daß T. den Rückgriff gegen S. nicht aus eigenem Rechte nehmen kann. Aber auch dann, wenn er als Rechtsnachfolger U.'s auftreten will, kann S. einwenden, daß er (S.) als bloßer Geschäftsführer zwar Erstattung seiner geschäftlichen Ausgaben von T. fordern könne, nicht aber umgekehrt T.'s geschäftliche Ausgaben zu erstatten brauche.

b) Tritt der Bürge als Rechtsnachfolger des Gläubigers auf, so kann er nur die Rechte wider den Hauptschuldner geltend machen, welche gerade dem Gläubiger zustanden, während er, wenn er aus eigenem Rechte vorgeht, im Einzelfall auch Ersatz des ihm selber durch des Hauptschuldners Verzug erwachsenen Schadens, Erstattung der Kosten des zwischen ihm und dem Gläubiger geführten Prozesses u. s. w., fordern kann. Außerdem ist der Bürge, als Rechtsnachfolger des Gläubigers insoweit beschränkt, als er die vormaligen Rechte des Gläubigers nicht zu dessen eigenem Nachteil geltend machen darf.[36])

Auch sonst können die vom Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen und die eigenen Ansprüche des Bürgen unter sich verschieden sein, z. B. was die Sicherung durch Pfandrechte betrifft. Ferner kann der Hauptschuldner dem als Rechtsnachfolger des Gläubigers auftretenden Bürgen alle Einwendungen entgegenstellen, die gegen den Gläubiger selbst zulässig sind; dagegen ist der Bürge, der den Rückgriff gegen den Hauptschuldner kraft eigenen Rechts nimmt, jenen Einwendungen nur dann ausgesetzt, wenn er sie bei Befriedigung des Gläubigers gekannt hat oder hätte kennen müssen.[37])

c) Macht der Bürge gegen den Hauptschuldner Ersatzansprüche geltend, so muß er als Teil des Klagfundaments die Gültigkeit der Haupt- und der Bürgschaftsschuld darthun. Um sich diesen Beweis zu erleichtern und um sich zugleich gegen die Gefahr zu schützen, daß dem Hauptschuldner Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers zustehen[38]), wird er wohlthun, sich von dem Gläubiger verklagen zu lassen und dem Hauptschuldner den Streit zu verkündigen.

d) Der Gläubiger muß bei Zeiten darauf Rücksicht nehmen, daß, wenn er von dem Bürgen befriedigt wird, sein Forderungsrecht samt Nebenrechten auf

---

36) BGB. 774 Satz 2. Siehe oben S. 374 Abs. 2.

37) Siehe oben S. 509, 2b. Siehe auch sächs. b. GB. 1471 Abs. 2. Strenger Pr. LR. I, 14 § 349: Der Bürge muß sich auch solche Einwendungen entgegensetzen lassen, die er nicht hat kennen können, es sei denn, daß er mit schriftlicher Genehmigung des Hauptschuldners oder nach vorhergehender Streitverkündung an den Hauptschuldner auf Grund eines vom Gläubiger gegen ihn erwirkten vollstreckbaren Urteils gezahlt hat.

38) Siehe oben zu b.

den Bürgen übergeht. Wenn er also sein Forderungsrecht willkürlich verschlechtert, indem er Pfand- oder Vorzugsrechte, die mit ihm verbunden sind, oder Ansprüche gegen Mitbürgen preisgiebt, so thut er es auf eigene Gefahr: der Bürge wird von seiner Haftung insoweit befreit, als er aus dem aufgegebenen Rechte gemäß den Regeln zu a, b hätte Ersatz finden können. Gleichgültig ist, ob das vom Gläubiger aufgegebene Recht bereits zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestand oder erst später begründet ist.[39])

Beispiel. A. ist unter B.'s Bürgschaft an C. 10000 Mk. schuldig geworden; nachträglich bestellt A. zwecks weiterer Sicherung seiner Schuld dem C. eine Hypothek, die aber nur einen Wert von 3000 Mk. hat; schließlich verzichtet C. wieder auf die Hypothek. Damit ist B., obschon er von der Bestellung und Wiederaufhebung der Hypothek vielleicht garnichts erfahren hat, in Höhe von 3000 Mk. befreit.

2. Rückgriffsberechtigt ist der Bürge erst, wenn er den Gläubiger wirklich befriedigt hat, also gleichsam postnumerando. Unter Umständen kann der Bürge aber schon vorher gegen den Hauptschuldner vorgehen, nämlich die Befreiung von der Bürgschaftsschuld, die Beseitigung des ihm drohenden Risikos, von dem Gläubiger in Anspruch genommen zu werden, fordern. Doch hat der Bürge dies Recht nur[40]), wenn er von dem Hauptschuldner zur Übernahme der Bürgschaft beauftragt war oder wenn er nach den für die auftraglose Geschäftsführung geltenden Regeln die Befugnisse eines vertragsmäßig bestellten Geschäftsführers des Hauptschuldners hat; das Recht fehlte ihm also z. B., wenn er die Bürgschaft gegen den mutmaßlichen Willen des Hauptschuldners übernahm oder wenn er bei der Bürgschaftsübernahme die Absicht hatte, dem Hauptschuldner den Gegenstand seiner Verpflichtung zu schenken.[41]) — Das Recht auf Befreiung greift aber erst Platz, wenn das Risiko, welches bei der Bürgschaftsübernahme nur ein entferntes war, dringlich wird, nämlich: 1) wenn die Hauptforderung fällig ist und der Hauptschuldner entweder in Verzug geraten ist oder ein vollstreckbares Urteil gegen ihn vorliegt, 2) vor Fälligkeit der Hauptforderung, wenn sich die Verhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben oder die Rechtsverfolgung gegen ihn infolge einer nach der Bürgschaftsübernahme eingetretenen Änderung seines Wohnsitzes (Gewerbesitzes, Aufenthaltsortes) wesentlich erschwert ist.

Ist die Hauptschuld noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit bestellen.[42])

3. Einen Anspruch auf Belohnung hat der Bürge nach Maßgabe der allgemeinen Regeln, also nur im Falle ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung.[43])

VI. Rechtsverhältnis bei Mehrheit der Bürgen.

1. Verbürgen sich mehrere Bürgen für die nämliche Verbindlichkeit, so

---

39) BGB. 776. Ähnlich Pr. LR. I, 14 § 331; c. c. 2037.

40) Die folgende Beschränkung kennt von den bisherigen Rechten nur das sächsische, sächs. b. GB. 1470.

41) BGB. 775. Im wesentlichen übereinstimmend das gemeine Recht (Dernb. 2 § 80[5]), Pr. LR. I, 14 § 356 flg.; c. c. 2032; sächs. b. GB. 1470.

42) BGB. 775 Abs. 2.

43) BGB. 612, 632; siehe auch HGB. II 354.

haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich, sondern z. B. durch mehrere selbständige auf einander folgende Verträge übernehmen.[44])

2. Befriedigt ein Mitbürge den Gläubiger, so hat er den Rückgriff gegen den Hauptschuldner wie ein Einzelbürge. Außerdem hat er nach den allgemeinen für Gesamtschuldner geltenden Regeln auch den Rückgriff gegen die Mitbürgen.[45])

VII. Das Bürgschaftsrecht ist mit Ausnahme der Formvorschrift zu III nachgiebiger Art, läßt also abweichenden Vereinbarungen Raum.

1. Besonders wichtig ist hier die Vereinbarung, daß der Bürge als Selbstschuldner haften soll.

a) Der selbstschuldnerische Bürge entbehrt der Einrede der Vorausklage.[46])

b) Damit hängt zusammen, daß, wenn der selbstschuldnerische Bürge sich nur auf Zeit verbürgt hat, der Gläubiger die Anzeige, daß er den Bürgen haftbar machen wolle, unverzüglich nach Ablauf der Bürgschaftszeit abzusenden hat[47]), ohne daß er, wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft, zwischen den Ablauf der Bürgschaftszeit und die Anzeige erst noch das Betreibungsverfahren gegen den Hauptschuldner einschieben darf.[48])

Wird die Anzeige rechtzeitig erstattet, so haftet der Bürge nur für den Bestand der Hauptschuld bei Ablauf der Bürgschaftszeit.[49]) Er steht also z. B. für die Kosten des vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner angestrengten Prozesses nur insoweit ein, als die Kosten noch vor Ablauf der Bürgschaftszeit entstanden sind.

c) Im übrigen gilt auch für den selbstschuldnerischen Bürgen gewöhnliches Bürgschaftsrecht. Er haftet also keineswegs wie ein gewöhnlicher Gesamtschuldner, sondern ist und bleibt Nebenschuldner.[50])

2. Ab und zu findet sich eine sog. Schadlosbürgschaft: jemand steht nicht positiv für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, sondern nur für den Schaden ein, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der fremden Verbindlichkeit erwächst. Dies ist keine echte Bürgschaft, sondern ein Garantievertrag[51]), unterliegt also dem Bürgschaftsrecht (z. B. dem Erfordernis der Schriftform) nicht.

---

44) BGB. 769. Ebenso Pr. LR. I, 14 § 378; sächs. b. GB. § 1458. Abw. das gemeine und franz. Recht Windscheid § 479, c. c. 2026.

45) BGB. 774 Abs. 2. Siehe oben S. 386 e.

46) BGB. 773 Nr. 1.

47) BGB. 777 Abs. 1.

48) Siehe oben S. 568, 4 a.

49) BGB. 777 Abs. 2.

50) Siehe unten S. 573, 2.

51) Siehe unten S. 574, 4. Abw. Endemann § 190[10].

2. Bürgschaftsähnliche Geschäfte.

§ 159.

Für alle Geschäfte, welche bürgschaftsähnlich sind, aber doch keine eigentlichen Bürgschaften darstellen, gilt die negative Regel, daß sie einer schriftlichen Verpflichtungserklärung des Quasi-Bürgen nicht bedürfen. Das ist umsomehr zu betonen, als manche dieser Geschäfte ganz ähnlichen wirtschaftlichen Bedenken unterliegen, wie die eigentliche Bürgschaft.

1. Der Kreditauftrag („qualifiziertes Mandat"). Er besteht darin, daß jemand einen anderen beauftragt, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben. Hier haftet der Auftraggeber dem Auftragnehmer für die aus der Kreditgewährung entstehenden Verpflichtungen des Dritten ebenso wie ein Bürge.[1]) Im übrigen sind Kreditauftrag und Bürgschaft verschieden. Denn die Rechte des Auftraggebers gegen den Dritten bestimmen sich nicht nach Bürgschaftsrecht: der Auftraggeber tritt also keineswegs, wenn er den Beauftragten befriedigt, in dessen Forderung gegen den Dritten von Gesetzes wegen ein; noch weniger kann er von dem Dritten fordern, daß dieser ihn von der Bürgschaftshaftung gegenüber dem Beauftragten befreie. Ferner hat der Auftraggeber, wenn sein Auftrag von dem Beauftragten angenommen ist, ein Recht darauf, daß der Beauftragte dem Dritten wirklich Kredit gewährt, während dem Bürgen, wie gezeigt, ein selbständiges Recht gegen den Gläubiger nicht zusteht. Sodann kann der Auftraggeber den Auftrag beliebig widerrufen, der Auftrag erlischt im Zweifel mit dem Tode des Beauftragten u. s. w.

2. Eintritt in fremde Schuld. Sie kann derart erfolgen, daß der Eintretende neben den bisherigen Schuldner als Mitschuldner tritt. Dieser Vertrag kann wie eine Bürgschaft den Zweck verfolgen, die Erfüllung der dem Gläubiger gegen den bisherigen Schuldner zustehenden Ansprüche zu sichern. Er ist aber von der Bürgschaft dadurch verschieden, daß der Eintretende neben dem bisherigen Schuldner zum Hauptschuldner wird; daraus folgt u. a., daß der Eintretende keineswegs alle Einreden, die der bisherige Schuldner nachträglich erwirbt, auch seinerseits benutzen kann; insbesondere kann der Gläubiger dem bisherigen Schuldner die Haftung erlassen oder ermäßigen, ohne daß dies dem Eintretenden zu gute kommt.[2]) Ferner steht der neue Schuldner für den Verzug des bisherigen Schuldners nicht ein.[3]) Der Rückgriff des neuen Schuldners, der den Gläubiger befriedigt, gegen den alten Schuldner ist nicht nach Bürgschaftsrecht geregelt[4]) u. s. w. — Noch verschiedener von der Bürg-

---

1) BGB. 778. 2) BGB. 423.
3) BGB. 425 Abs. 2. 4) BGB. 426. Siehe oben S. 386 e.

schaft ist die „Schuldübernahme“ [4a]), bei welcher der neue Schuldner nicht neben dem bisherigen Schuldner, sondern an dessen Stelle als einziger Schuldner in die Verpflichtung eintritt.

3. Der Garantievertrag. [5]) Hier übernimmt eine Partei vertragsmäßig die Gewähr für den glücklichen Ausgang eines von der Gegenpartei geplanten, begonnenen oder gar schon vollendeten Unternehmens. Dieser Vertrag hat mit der Bürgschaft und dem Kreditauftrage eine gewisse Ähnlichkeit, wenn das „Unternehmen“ in der Begründung einer Forderung der Gegenpartei gegen einen Dritten besteht und der Garant die Erfüllung dieser Forderung gewährleistet; doch verspricht der Garant keineswegs, die Erfüllung der Forderung im Notfalle an Stelle des Bürgen selber zu besorgen, sondern er ist, wenn der Dritte nicht erfüllt, lediglich zu Schadensersatz verpflichtet. [6]) Außerdem kann der Garantievertrag sich auch auf Unternehmungen beziehen, bei denen eine Forderung der Gegenpartei gegen einen Dritten garnicht in Frage steht, z. B. auf die Rentabilität eines von der Gegenpartei zu betreibenden Eisenbahnunternehmens.

4. Rat und Empfehlung. Sie haben grundsätzlich gar keine rechtliche Bedeutung, weil der, welcher einen Rat erteilt oder eine Empfehlung giebt, im Zweifel „ohne Verbindlichkeit“ handelt und deshalb nur im Falle einer unerlaubten Handlung haftpflichtig ist. [7]) Doch kann im Einzelfall Rat und Empfehlung auch rechtsverbindlich gegeben und von der Gegenpartei angenommen werden; dann enthalten sie bald einen Kreditauftrag, bald einen Garantievertrag, bald einen Vertrag eigener Art. Letzteres ist namentlich bei den Empfehlungen der Fall, welche die sog. Auskunftsbüreaus gegen Entgelt gewähren.

5. Über die kaufmännische Delkrederehaftung s. m. Lehrb. des Handelsrechts § 71 II.

XIX. Vergleich und Anerkenntnis. [1])

1. Der Vergleich.

§ 160.

I. Begriff.

1. Ein Vergleich liegt vor, wenn zwei Parteien den Streit oder die Ungewißheit über ein zwischen ihnen bestehendes Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigen. [2])

4a) Siehe oben S. 374. 5) Stammler, Arch. f. civ. Pr. 69 S. 1.

6) „Schadlosbürgschaft“; s. oben S. 572 VII 2. 7) BGB. 676.

1) Bähr, Anerkenntnis als Verpflichtungsgrund (3. Aufl. 96); Risch, L. v. Vergl. (55); Buhl, Beitr. z. L. v. Anerkennungsvertr. (75); Sturm, L. v. Vergl. (89); Örtmann, Vergleich (95). 2) BGB. 779.

2. Der Streit und die Ungewißheit kann sich sowohl auf das Vorhandensein des Rechtsverhältnisses wie auf den Umfang oder Inhalt der daraus entspringenden Ansprüche beziehen; als ungewiß gilt ein Rechtsverhältnis auch dann, wenn die Erfüllung der daraus entspringenden Ansprüche rein thatsächlich, z. B. wegen der üblen Vermögenslage des Schuldners, unsicher ist.[3])

3. Darauf, ob das Rechtsverhältnis objektiv ungewiß ist, kommt nichts an, wenn es nur subjektiv von den Parteien für ungewiß gehalten wird. Deshalb ist ein Vergleich auch über ein zwischen den Parteien rechtskräftig abgeurteiltes Rechtsverhältnis zulässig, sei es nun, daß die Parteien den Sinn, sei es, daß sie die thatsächliche Durchführbarkeit des Urteils zweifelhaft[4]) finden; die entgegenstehende Regel des gemeinen Rechts[5]) ist aufgehoben.

4. Die Parteien müssen gegenseitig nachgeben. Doch kann die Nachgiebigkeit auf beiden Seiten sehr ungleich sein, weshalb der Vergleich zwar stets einen gegenseitigen, nicht aber stets einen entgeltlichen Vertrag darstellt;[6]) es genügt z. B., daß eine der Parteien ihren angeblich fälligen Anspruch auf einen Tag stundet oder lediglich die erhobene Klage zurückzieht, während die Nachgiebigkeit der Gegenpartei sich auf materielle Ansprüche im Wert von vielen tausend Mark bezieht. Selbstverständlich muß aber die Nachgiebigkeit, so gering sie sein mag, beiderseits eine ernstliche sein.

II. Gegenstand des Vergleichs können Rechtsverhältnisse jeder Art sein, also nicht bloß obligatorische, sondern auch dingliche Rechtsverhältnisse, Urheberrechte, Erbrechte u. s. w. — Ob das Rechtsverhältnis thatsächlich bestanden hat und rechtswirksam war, ist gleichgültig; ist es doch häufig gerade der Zweck des Vergleichs, den Streit der Parteien über diese Frage abzuschneiden. Wohl aber muß das Rechtsverhältnis seiner Art nach der Verfügung der Parteien unterstehen. Sonach ist z. B. ein Vergleich über Familienverhältnisse der Regel nach unzulässig. Ebensowenig kann ein unsittlicher Vertrag, ein Spielvertrag, eine Wette durch einen Vergleich rechtsgültig gemacht werden.

III. Der Abschluß des Vergleichs geschieht formlos[7]), es sei denn, daß der Inhalt der Parteivereinbarung — es wird z. B. vergleichsweise ein Grundstück veräußert[8]), es wird ein formloses Schenkungsversprechen vergleichsweise bestätigt — eine Ausnahme bedingt.

IV. Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien.

1. Der Vergleich ist seinem Wesen nach ein gegenseitiger Vertrag.[9])

---

3) BGB. 779 Abs. 2.

4) Abw. Endemann § 193[4]. Siehe auch Bülow, Arch. f. civ. Pr. 83 S. 83.

5) Windscheid 414[6]; vgl. freilich Dernb. 2 § 109[7]. Der c. c. 2056 hat die gemeinrechtliche Regel auf den Fall beschränkt, daß die Parteien das Urteil nicht gekannt haben. Über Pr. LR. I, 16 § 409, 410, s. Eccius 103[10], Dernb. Pr. Pr. 1 § 83[7].

6) Abw. Regelsberger S. 624 und ich selbst in m. Anfechtungsrecht S. 149, 8.

7) Während c. c. 2044 allgemein die Schriftform vorschrieb.

8) Siehe oben S. 289 d. 9) Siehe oben bei I, 4.

2. Der Vergleich will die streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisse der Parteien im Wege rechtsgeschäftlicher Festsetzung neu ordnen. Wie er dies macht, hängt von der Willkür der Parteien ab. Demnach ist keine Rede davon, daß die Parteien die Gültigkeit ihres Vergleichs nachträglich in Frage ziehen können, weil er die streitigen Rechtsverhältnisse unrichtig oder unbillig geordnet habe. Ist doch der Vergleich kein Urteil! Will er doch den Parteistreit abschneiden, nicht aber nach Recht und Billigkeit entscheiden!

3. Demnach sind die Rechtsverhältnisse der Parteien fortab ausschließlich nach dem Inhalte ihres Vergleichs zu beurteilen. Nur soweit der Vergleich Lücken enthält, ist auch auf den früheren Bestand der Rechtsverhältnisse zurückzugreifen: denn daß der Vergleich „novatorisch“ wirken, d. h. die Rechtsverhältnisse der Parteien von Grund aus neu ordnen und ein Zurückgreifen auf den früheren Zustand unbedingt ausschließen wolle, läßt sich nur annehmen, wenn es besonders vereinbart ist.

Beispiel. A. und B. verwandeln eine dem B. gegen A. zustehende Kaufpreisforderung von 1000 Mk. vergleichsweise in eine Darlehnsforderung von 900 Mk. Vor dem Vergleiche hatte A. dem B. für die Kaufpreisforderung ein Pfand bestellt. Da dies Pfandrecht im Vergleiche nicht erwähnt ist, dauert es fort; doch ist es jetzt auf die Darlehnsforderung des B. übertragen, gilt also auf den Betrag von 900 Mk.

4. Der Vergleich kann wie jeder andere Vertrag wegen Irrtums, Zwangs, Betrugs u. s. f. angefochten werden. Außerdem ist er wegen Irrtums von Gesetzes wegen, also ohne besondere Anfechtung seitens der Parteien, unwirksam, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind.[10])

a) Der Irrtum muß einen Punkt betreffen, den beide Parteien als feststehend, also weder als streitig noch als ungewiß, behandelt haben.

Beispiel. A. ist von B. 1899 in Dresden durch Privaturkunde mit einer Schenkung bedacht[11]); nach B.'s Tode streitet dessen Erbe C. mit A. über die Höhe der Zuwendung, da die Urkunde schwer zu lesen ist und C. nur 100, A. dagegen eine größere Zahl bis zu 1000 Mk. als Betrag der Schenkung herausliest; schließlich vergleichen sich C. und A. mittels gerichtlicher Urkunde auf den Betrag von 300 Mk. I. Dieser Vergleich bleibt gültig, auch wenn später ein Schriftverständiger den Betrag der Schenkung zweifelsfrei auf 700 Mk. feststellt; denn der dadurch erwiesene Irrtum der Parteien betrifft gerade den von ihnen als nicht feststehend behandelten Punkt. II. Dagegen wäre der Vergleich unwirksam, wenn der Schriftverständige den Betrag der Schenkung bestimmt auf 3000 Mk. angiebt; denn die Parteien haben als feststehend angesehen, daß die Schenkung sich auf höchstens 1000 Mk. belaufe. III. Ebenso wäre der Vergleich unwirksam, wenn sich später herausstellte, daß die schwer leserliche Urkunde nur eine Abschrift war, während die Urschrift deutlich auf den Betrag von 100 Mk. geht.

b) Der Irrtum muß die Ursache oder wenigstens die Voraussetzung des Streits oder der Ungewißheit gewesen sein, wegen deren die Parteien sich verglichen haben, derart, daß, wenn die Parteien den wahren Sachverhalt gekannt haben würden, der Streit oder die Ungewißheit garnicht entstanden wäre.

Beispiele sind die zu a II, III genannten Fälle. Ist dagegen in dem Falle a III die Urschrift der Schenkung ebenso schwer zu lesen wie die ihr genau nachgebildete Abschrift, so

10) BGB. 779. 11) Gültig nach sächs. b. GB. 1056.

bleibt der Vergleich wirksam, weil alsdann auch bei Kenntnis der Sachlage der nämliche Streit geherrscht hätte. — Nicht selten wäre den Parteien, wenn sie den wahren Sachverhalt gekannt hätten, zwar der Streit, dessenwegen sie sich verglichen haben, erspart gewesen; dafür wären sie aber in einen anderen vielleicht noch schlimmeren Streit geraten. Dennoch ist ihr Vergleich unwirksam; denn er sollte nicht jedem möglichen, sondern nur einem bestimmten konkreten Streite ein Ende machen; als Beispiel dient der Fall zu a II, sobald der Schriftverständige erklärt, die Schenkung gehe gewiß auf mehr als 1000, nämlich auf 3000 oder auf 30000 Mk. — Geht der Vergleich auf mehrere Streitpunkte, so ist er unwirksam[12]), wenn der Irrtum auch nur einen der Punkte betrifft. War etwa in dem Falle a II nicht bloß die Höhe der Schenkung, sondern auch die Zeit, zu der die Auszahlung erfolgen sollte, schwer zu lesen und haben sich die Parteien hierüber gleichfalls verglichen, so ist auch dieser Teil des Vergleichs unwirksam, selbst wenn der Schriftverständige über die Auszahlungszeit keine Aufklärung geben kann.

c) Im übrigen kommt es auf die Art des Irrtums nicht an. Deshalb kann auch ein Rechtsirrtum genügen.[13]) Beispiel: im Falle a ist die Annahme beider Parteien, die Schenkung B.'s sei nach sächsischem Rechte zu beurteilen und deshalb gültig, rechtsirrtümlich, die Schenkung unterliegt vielmehr dem preußischen Rechte und ist ungültig. Der Vergleich ist unwirksam; denn hätte C. dies gewußt, so wäre der Streit über die Höhe der Schenkung garnicht entstanden, C. hätte vielmehr die Erfüllung der Schenkung ganz abgelehnt. — Auch die Auffindung neuer Beweismittel kann den Vergleich unwirksam machen, wenn der Mangel dieser Beweismittel von beiden Vergleichsparteien als feststehend angenommen war.

d) Die vorstehenden Regeln stimmen mit dem jetzigen Rechte grundsätzlich überein — von einigen überdies zweifelhaften Einzelheiten abgesehen, z. B. der preußischen Regel[14]), daß ein Vergleich wegen neu aufgefundener Beweismittel in gleicher Art und Frist wie ein Urteil angefochten werden kann.

2. Der Anerkenntnisvertrag.

§ 161.

I. Begriff.

1. Der Anerkenntnisvertrag steht dem Vergleiche dadurch nahe, daß er die vertragsmäßige Ordnung eines als bestehend vorausgesetzten Rechtsverhältnisses bezweckt. Er unterscheidet sich aber vom Vergleiche dadurch,

a) daß er angeblich die bestehenden Rechtsverhältnisse nicht ändern, sondern bloß bestätigen will, während der Vergleich überaus häufig an Stelle der bisherigen völlig neue Rechtsverhältnisse setzt,

b) daß er weder Streitigkeit oder Ungewißheit des zu ordnenden Rechtsverhältnisses noch ein beiderseitiges Nachgeben der Vertragsparteien erfordert.[1])

Doch bedingen diese beiden Unterschiede keinen eigentlichen Gegensatz zwischen Anerkenntnisvertrag und Vergleich. Vielmehr kann im Einzelfall ein und derselbe Vertrag zugleich Anerkenntnis und Vergleich sein. Beispiel: A. erkennt die vormals bestrittene Darlehnsforderung des B., B. erkennt dagegen die gleichfalls früher bestrittene Kaufpreisforderung des A. an, beides in einem Vertrage.

---

12) Ganz oder teilweise; s. BGB. 139. 13) Abw. Endemann § 193[11].

14) Pr. LR. I, 16 § 421. Siehe hierzu Dernb. Pr. Pr. Recht 1 § 82[17], Eccius § 103[30].

1) Über das Verhältnis des Anerkennungsvertrages zu dem reinen Schuldvertrage s. unten S. 580 b.

2. Durchaus verschieden von dem Anerkenntnisvertrage ist das Geständnis. Denn dieses vermag die Rechtsverhältnisse der Parteien nicht materiell zu ordnen, sondern höchstens Beweismittel für sie zu schaffen. Auch betrifft das Geständnis nur Thatsachen, nicht aber Rechtsverhältnisse. Endlich führt das Geständnis die ihm eigenen Rechtswirkungen auch dann herbei, wenn es nicht in verpflichtender Absicht gegeben und von der Gegenpartei nicht angenommen ist; es ist also kein Rechtsgeschäft, geschweige denn ein Vertrag; dagegen wird das Anerkenntnis nur als Vertrag wirksam.

3. Die verpflichtende Kraft des Anerkenntnisvertrages ist erst in neuerer Zeit anerkannt worden [2]), während man früher dem Anerkenntnisvertrage nur beweisende Kraft zuzuschreiben pflegte.

II. Über den Gegenstand des Anerkenntnisvertrages gelten die nämlichen Regeln wie beim Vergleich.

III 1. Der Abschluß des Anerkenntnisvertrages ist, anders als der des Vergleichs, formalisiert [3]). Er bedarf nämlich zur Gültigkeit einer schriftlichen Erklärung der anerkennenden Partei. Doch gilt diese Regel nur mit folgenden Beschränkungen.

a) Sie gilt nur, wenn ein „Schuldverhältnis" anerkannt wird, also nicht, wenn z. B. ein Gläubiger das Vorhandensein eines seiner Forderung entgegenstehenden Einwandes anerkennt.

b) Sie versagt auch bei dem Anerkenntnis eines Schuldverhältnisses, wenn das Anerkenntnis im Wege eines Vergleichs oder auf Grund einer Abrechnung erteilt wird. [4])

Daß diese Voraussetzung zutrifft, muß im Streitfall der Gläubiger beweisen. So selbst dann, wenn der Schuldner bei seinem Anerkenntnis auf Vergleich oder Abrechnung ausdrücklich Bezug genommen hat; denn diese Bezugnahme ist höchstens ein Geständnis, nicht aber, eben weil die Schriftform fehlt, ein gültiges Anerkenntnis, nimmt also dem Gläubiger die Beweislast nicht ab. — Die „Abrechnung" setzt voraus, daß beide Parteien ernstlich annehmen, es bestehe zwischen ihnen eine Mehrheit gleichartiger Schuldbeziehungen, und daß sie diese Mehrheit rechnungsmäßig (durch Zusammenzählen, Abziehen u. s. w.) auf eine Einheit zurückführen. Ein freies „Abschätzen" ist von einem „Abrechnen" jedenfalls verschieden.

Ein dritter Fall, in dem die Regel versagt, gehört dem Handelsrechte an. [5])

c) Wenn ein Schuldverhältnis zu seiner Neubegründung einer strengeren Form bedarf, gilt das gleiche Formerfordernis auch dann, wenn das Schuldverhältnis als bereits bestehend anerkannt wird. So kann z. B. die Verpflichtung aus einem Schenkungsversprechen nur durch gerichtliche oder notarielle Urkunde anerkannt werden. [6])

2. Die Formvorschriften zu 1 sind dem bisherigen Rechte noch nicht be-

---

2) Namentlich in der Folge der oben S. 574[1] genannten, in erster Aufl. 1855 erschienenen Arbeit Bähr's.

3) BGB. 781. 4) BGB. 782.

5) HGB. II. 350, 351. 6) BGB. 781 Satz 2.

kannt. Sie sind aber wohl begründet. Denn da der Beweis der thatsächlichen Unrichtigkeit des Anerkenntnisses ausgeschlossen ist, kann der Anerkenntnisvertrag dem Anerkennenden höchst gefährlich werden. Dies um so mehr, als gegenüber einem Geständnis der Beweis der Unrichtigkeit statthaft ist und unser Publikum die feine Unterscheidung von Geständnis und Anerkenntnis keineswegs richtig zu würdigen weiß. So wird es also ganz heilsam sein, daß das Gesetz durch seine Formvorschrift den Abschluß von Anerkenntnisverträgen erschwert.

3. Die Annahme der Gegenpartei kann [7]) formlos geschehen. Meist wird sie stillschweigend abgegeben.

IV. Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien.

1. Der Anerkenntnisvertrag ist bald ein einseitiger, bald ein gegenseitiger Vertrag.[8])

2. Der Anerkenntnisvertrag giebt vor, die Rechtsverhältnisse der Parteien nur zu bestätigen, nicht abzuändern. In Wirklichkeit geht er aber über diesen bescheidenen Inhalt häufig weit hinaus und erstrebt, gerade wie der Vergleich, eine Neuordnung der beiderseitigen Rechtsverhältnisse; zu diesem Behuf ändert er trotz seiner konservativen Maske die bestehenden Rechtsverhältnisse nach Gutdünken ab und begründet sogar völlig neue Rechte und Verbindlichkeiten. Demgemäß ist gegen den Anerkenntnisvertrag der Einwand, das Anerkenntnis sei unwahr, die beiderseitigen Rechtsverhältnisse seien in Wirklichkeit von ganz anderer Art als das Anerkenntnis besage, gerade ebenso ausgeschlossen wie beim Vergleiche der Einwand der Unrichtigkeit oder Unbilligkeit. — Thatsächlich sind Verträge, welche ein wahrheitswidriges Anerkenntnis enthalten, sehr häufig. Das ist auch leicht begreiflich. Denn die Wahrheit zu bekennen, kann für die Parteien anstößig oder unbequem sein. So pflegen die Parteien z. B. eine verwickelte Geldverpflichtung, die aus einem Kaufe, einem Gesellschaftsverhältnisse, einem Vermächtnisse, einer strafbaren Handlung entspringt, als Darlehnsschuld anzuerkennen, weil sie sie damit wesentlich vereinfachen.[9])

Aber auch das umgekehrte kommt vor. Beispiel. Major X. hat dem Hauptmann Y. 2000 Mk. gegen Zinsen geliehen; er schämt sich, dies Geschäft zu bekennen und läßt sich deshalb folgenden Schuldschein ausstellen: „Von Herrn Major X. habe ich eine Fuchsstute für den Preis von 2000 Mk. gekauft. Die Stute habe ich in tadellosem Zustande empfangen. Den Kaufpreis verpflichte ich mich mit 5 % Zinsen am . . . zu bezahlen. Y."

3. Demnach sind die Rechtsverhältnisse der Parteien fortab ausschließlich nach dem Inhalte des Anerkenntnisses zu beurteilen. Nur soweit das Anerkenntnis Lücken enthält, ist, wie beim Vergleiche, auch auf den früheren Bestand der anerkannten Rechtsverhältnisse zurückzugreifen.

4. Der Anerkenntnisvertrag kann wie jeder andere Vertrag wegen Irr-

---

7) Vorbehaltlich des Falles 1 c. 8) Beispiel oben I, 1 b.

9) Ausdrücklich für zulässig erklärt im BGB. 607 Abs. 2.

tums, Zwangs u. s. w. angefochten werden. Auch kann er wegen ungerechtfertigter Bereicherung des (angeblichen) Gläubigers in gleicher Art rückgängig gemacht werden wie eine Barzahlung: wer die auf seine angebliche Schuld geleistete Zahlung zurückfordern kann, kann auch das Anerkenntnis dieser angeblichen Schuld widerrufen.[10])

XX. Der reine Schuldvertrag.[1])

§ 162.

I. 1. Der „reine" oder „abstrakte" Schuldvertrag hat zum Inhalt, daß jemand sich zu einer Leistung vertragsmäßig verpflichtet, ohne in dem Vertrage zugleich den Zweck, den er mit der Übernahme der Verpflichtung verfolgt, — den sog. Schuldgrund — in rechtswirksamer Weise festzusetzen. Allerdings verfolgen Schuldner und Gläubiger auch beim Abschluß des reinen Schuldvertrages irgend einen Zweck. Aber sie lösen den Schuldvertrag von diesem Zwecke los, sie machen ihn mehr oder minder unabhängig von ihm: der Schuldner verspricht seine Leistung „schlechthin", und der Gläubiger nimmt sie „schlechthin" an.

2. a) Somit stehen die anderen in diesem Abschnitt besprochenen Verträge, so verschieden sie auch unter sich sein mögen, sämtlich in scharfem Gegensatze zu den reinen Schuldverträgen. Denn für sie ist die Verknüpfung des Schuldversprechens mit einem bestimmten vertragsmäßig festgestellten Zwecke geradezu charakteristisch: der Käufer verspricht z. B. den Kaufpreis zu dem Zwecke, dadurch den Anspruch auf Lieferung der Kaufsache zu erwerben; der Darlehnsschuldner verspricht die Zahlung einer gewissen Menge vertretbarer Sachen zu dem Zwecke, um dadurch den Gläubiger zur Hingabe von Sachen gleicher Beschaffenheit und gleicher Menge zu bestimmen; der Schenker stellt wenigstens negativ fest, daß er eine Entgeltleistung des Beschenkten nicht bezwecke. Beim reinen Schuldvertrage läßt der Schuldner dagegen den Zweck seines Versprechens gänzlich ungewiß.

b) Eine Ausnahme macht der Anerkenntnisvertrag: dieser steht nicht im Gegensatz zu den reinen Schuldverträgen, sondern kann selber zu ihnen gehören. Denn da, wie wir gesehen haben, der Einwand der Wahrheitswidrigkeit des Anerkenntnisses ausgeschlossen ist, wird damit der Anerkenntnisvertrag thatsächlich von seinem angeblichen Schuldgrunde, nämlich dem bisherigen Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien, losgelöst. Dennoch darf man nicht sagen, daß

10) BGB. 812 Abs. 2

1) Liebe, Stipulation (40); Gneist, formelle Verträge (45); Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Aufl. (96).

jeder Anerkenntnisvertrag einen reinen Schuldvertrag darstelle. Würde doch anderenfalls das Anerkenntnis eines gegenseitigen Schuldverhältnisses unmöglich sein. ²)

c) Auch die Annahme einer Anweisung durch den Angewiesenen kann zwar nicht einen reinen Schuldvertrag, aber doch ein reines einseitiges Schuldversprechen enthalten. ³)

3. Die Loslösung eines Schuldversprechens von seinem Schuldgrunde giebt dem Gläubiger eine ausgezeichnete Angriffsstellung gegen den Schuldner. Denn sie nimmt ihm die Last ab, jedesmal, wenn er einen vertragsmäßigen Anspruch erhebt, erst weitläufig dessen Grund darzulegen. Daß diese Bevorzugung des Gläubigers auf der anderen Seite eine empfindliche Benachteiligung des Schuldners bedeutet, liegt auf der Hand.

Beispiel. Der Verkäufer, der für das von ihm gelieferte Getreide den auf 1000 Mk. festgesetzten Kaufpreis einfordert, muß beweisen, daß er das Getreide geliefert hat, und muß, wenn der Käufer die Annahme verweigert, außerdem darthun, daß das gelieferte Getreide von mittlerer Art und Güte ist. Hat aber der Käufer über die 1000 Mk. einen „reinen" Schuldschein ausgestellt, so ist der Verkäufer dieser doppelten Beweislast enthoben.

4. Die in einem reinen Vertrage enthaltene verpflichtende Erklärung des Schuldners wird vom bürgerlichen Gesetzbuch in schwer verständlicher Kürze als Schuldversprechen bezeichnet. ⁴)

5. Die reinen Schuldverträge waren im altdeutschen Recht als gültig allgemein anerkannt ⁵). Seit der Rezeption ist dagegen ihre Gültigkeit Gegenstand einer lebhaften Streitfrage geworden. ⁶) Nach dem Vorgange des Handelsrechts und des sächsischen Gesetzbuches ⁷) hat sich das bürgerliche Gesetzbuch nunmehr wieder für die Gültigkeit entschieden. ⁸)

II. Gegenstand des reinen Schuldvertrags kann jede beliebige der Verfügung des Schuldners unterliegende Leistung sein. Weitaus am häufigsten gehen aber die reinen Schuldverträge auf eine festbestimmte Geldzahlung.

III. 1. Beim Abschluß eines reinen Schuldvertrages muß die Loslösung des Schuldversprechens von dem Schuldgrunde als Absicht beider Parteien erklärt werden. Dazu ist es aber weder erforderlich noch genügend, daß die Parteien bei Abgabe und Annahme den Schuldgrund nicht erwähnen.

a) Es ist nicht erforderlich. Denn aus der Erwähnung des Schuldgrundes folgt noch nicht, daß die Parteien die Vertragspflichten von dem Schuldgrunde abhängig machen wollen.

---

2) Siehe oben S. 577 letzter Absatz. 3) Siehe oben S. 535[15], 534 c.

4) BGB. Titel 20, ferner BGB. 518. 5) Stobbe 3 S. 74[5].

6) Siehe Windscheid § 318[3]; Dernb. 2 § 22[9]; ders. Pr. Pr. 2 § 15[7]; Eccius § 76[5], Förtsch S. 164.

7) HGB. I 301 Abs. 2; sächs. b. GB. 1397 flg.

8) BGB. 780.

b) Es ist nicht genügend. Denn aus der Nichterwähnung des Schuldgrundes, die ja auf einem bloßen Versehen beruhen mag, folgt noch nicht, daß die Parteien die Vertragspflichten von dem Schuldgrunde unabhängig machen wollen.

Beispiele. Zu a: Kaufmann A. übergiebt dem Gläubiger einen formularmäßigen den Schuldgrund nicht bezeichnenden Verpflichtungsschein und sagt dazu mündlich: hier ist der Darlehnsschuldschein. Zu b: Pferdehändler C. schreibt an D. „den Schimmel Hans schicke ich Ihnen morgen; ich verspreche es bestimmt", wobei hinter dem Worte Schimmel die Worte „den Sie von mir gekauft haben" nur unabsichtlich ausgelassen sind.

2. Der Abschluß eines reinen Schuldvertrages ist in der gleichen Art formalisiert wie der Abschluß eines Anerkenntnisvertrages [9]): er bedarf also regelmäßig zur Gültigkeit einer schriftlichen Erklärung des Schuldners, wenn nicht der Gegenstand des Vertrages die Beobachtung einer strengeren Form mit sich bringt.

Zu den oben S. 578 III, 1 erwähnten Ausnahmen vom Schriftzwang tritt hier übrigens noch eine weitere hinzu: der reine Schuldvertrag ist formlos gültig, wenn er die Übernahme der bereits bestehenden Schuld eines Dritten betrifft, sei es, daß der Übernehmende einziger Schuldner, sei es, daß er Mitschuldner des Dritten werden will. [10]) — Dagegen darf nicht als weitere Ausnahme die Abtretung oder der Erlaß einer Schuld angeführt werden, denn hier handelt es sich nicht um Schuldverträge, sondern um Verfügungen von gleicher Art wie die Übereignung, Nießbrauchsbestellung u. s. w.

3. Die Formvorschrift zu 2 ist dem bisherigen Rechte nicht bekannt. [11]) Sie ist ähnlich zu rechtfertigen, wie die gleiche Formvorschrift beim Anerkenntnisvertrage: das Publikum hat für die Gefahren, mit denen der reine Schuldvertrag den Schuldner bedroht, ein geringes Verständnis und soll deshalb durch den Schriftzwang vor Übereilung bewahrt werden.

IV. Rechtsverhältnis zwischen den Parteien.

1. Der reine Schuldvertrag ist stets ein einseitiger Vertrag.

Allerdings kann der Schuldner die ihm obliegenden Leistungen von Gegenleistungen des Gläubigers abhängig machen, indem er sich nur unter der Bedingung verpflichtet, daß der Gläubiger solche Gegenleistungen vollzieht, und kann alsdann, falls Leistung und Gegenleistung Zug um Zug erfolgen soll, seine Leistung solange verweigern, als der Gläubiger die Gegenleistung verzögert. Allein ein positives Recht auf die Gegenleistungen kann er sich nicht ausbedingen; das würde dem Wesen des reinen Schuldvertrages zweifellos widersprechen; denn mit der Festsetzung der Gegenleistung wäre ja zugleich der Schuldgrund der anderen Leistung festgesetzt.

2. Die Rechte des Gläubigers ergeben sich aus dem Inhalte des Schuldvertrages. Dieser ist auszulegen wie jeder andere Vertrag, also so, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. [12])

3. Kann der Schuldner sich nicht wenigstens einwandweise auf den Schuldgrund berufen, dem sein Versprechen entspringt?

a) Die Frage ist unbedingt zu bejahen, soweit es sich um zwingende

---

9) BGB. 780, 782. Siehe oben S. 578 III.

10) Siehe oben S. 374; 573, 2.

11) Vgl. freilich Dernb. Pr. Pr. 2 § 15[12].

12) BGB. 157, 242. Abw. Endemann 194[3].

Rechtssätze handelt; denn die Parteien können die Anwendung dieser Rechtssätze nicht dadurch umgehen, daß sie das Schuldversprechen von seinem Schuldgrunde ablösen. Demgemäß kann sich der Schuldner darauf berufen, daß der Schuldvertrag mit Berücksichtigung seines Schuldgrundes unsittlich oder wucherisch ist, daß er eine Spielschuld [13]) betrifft, daß er ein formloses Schenkungsversprechen [14]) enthält u. s. w.

b) Im übrigen hängt die Antwort auf die Frage von der Parteivereinbarung ab. Die Parteien können also ausmachen, daß der Schuldgrund zwar von dem angreifenden Gläubiger nicht berücksichtigt werden muß, wohl aber von dem sich verteidigenden Schuldner berücksichtigt werden darf. Die Parteien können aber ebensogut dem Schuldner auch etwaige Einwendungen aus dem Schuldgrunde abschneiden. Im Zweifel wird man den Schuldvertrag im Sinne der ersteren dem Schuldner günstigeren Meinung auslegen.

Beispiel. A. hat dem B. „1000 Mk. am 1. April 1902" versprochen; A. kann einwenden, der Schuldgrund dieses Versprechens sei, daß B. ihm für den 1. April 1901 ein Darlehn von 950 Mk. versprochen habe; B. habe aber dies Versprechen nicht gehalten; damit sei auch sein eigenes Schuldversprechen trotz dessen „Reinheit" unverbindlich.

Abzulehnen ist die Auffassung, daß der Schuldner, welcher sich auf den Schuldgrund beruft, damit den reinen Schuldvertrag gleichsam rückgängig mache und daß er hierzu nur berechtigt sei, wenn der Gläubiger anderenfalls rechtlos bereichert werden würde. [15]) Das BGB. unterstützt diese Auffassung durchaus nicht.

Wird dem Schuldner die Befugnis abgeschnitten, sich einwandweise auf den Schuldgrund zu berufen, so kann dies bedeuten: 1) daß der Schuldner auf die Einwendungen gänzlich verzichtet oder 2) daß er die Einwendungen nur als solche preisgiebt, dagegen selbständige, im Streitfall durch Klage geltend zu machende Rechte daraus herleiten darf.

c) Nach Maßgabe der Regeln zu a, b kann auch der Gläubiger, wenn er will, sich auf den Schuldgrund des Schuldvertrags berufen. Dies wird z. B. der Fall sein, wenn ihm die vom Schuldner kraft des Vertrages gelieferte Sache von einem besserberechtigten Dritten entrissen wird, und er nun aus BGB. 445 („entgeltliche" Veräußerung eines Gegenstandes) Ansprüche gegen den Schuldner erheben will.

d) Wer sich gegenüber einem reinen Schuldvertrage auf den Schuldgrund bezieht, auf dem dieser Vertrag ruht, sei es als Schuldner, sei es als Gläubiger, muß den Schuldgrund beweisen.

4. Die Anfechtbarkeit eines reinen Schuldvertrages wegen Irrtums u. s. w. folgt den allgemeinen Regeln.

---

13) BGB. 762 Abs. 2.
14) BGB. 518 Abs. 1.
15) So Mot. 2 S. 693; Endemann § 194[4].

XXI. Die Delikte.[1])

1. Die Delikte im allgemeinen.

a) Thatbestand.

§ 163.

Das preußische und französische Recht [2]) hat den Thatbestand des „Delikts" oder der „unerlaubten Handlung" ganz allgemein und einheitlich bestimmt. Das gemeine Recht kennt dagegen nur einzelne besondere Delikte.[3]) Das bürgerliche Gesetzbuch schlägt einen Mittelweg ein: es stellt drei große Gruppen von Delikten auf. Allen drei Gruppen gemeinsam sind folgende Voraussetzungen: 1. Jemand muß einen Schaden erlitten haben; 2. der Schaden muß durch das Verhalten eines anderen (durch dessen Handlung oder Unterlassung) hervorgerufen sein; 3. das Verhalten des anderen muß erweislich schuldhaft oder doch nicht erweislich schuldlos gewesen sein. Aus dem dritten Erfordernis ergiebt sich zugleich, daß ein Delikt nur von einem Zurechnungsfähigen [4]) begangen werden kann: denn wer nicht zurechnungsfähig ist, kann sich nicht schuldhaft verhalten. Doch ist bereits früher ausgeführt,[5]) daß im beschränkten Umfang auch Unzurechnungsfähige für die von ihnen begangenen Rechtsverletzungen nach Deliktsrecht haftbar gemacht werden. — Im übrigen ist der Thatbestand der drei Deliktsgruppen sehr verschieden bestimmt.

I. Die vom Gesetzbuch an erster Stelle genannte Gruppe von Delikten ist durch drei Merkmale ausgezeichnet [6]): a) sie umfaßt Handlungen, welche das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen verletzen; b) die Handlungen müssen objektiv rechtswidrig sein; c) die Handlungen müssen auch subjektiv rechtswidrig, nämlich schuldhaft sein.

1. a) Die Handlungen müssen also zuvörderst eines der soeben aufgeführten Rechtsgüter verletzen. Diese Güter sind in zwei Klassen zu teilen: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit bilden die eine, das Eigentum und die sonstigen Rechte bilden die andere Klasse. Daraus ergiebt sich, daß unter den „sonstigen

---

1) Linckelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (98), v. Lißt, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht bei B. und F. Heft 5 (89). Siehe auch die Litteratur oben S. 235[1], 242[1].

2) Pr. LR. I, 6 § 1 ff.; c. c. 1382.

3) Windscheid § 451 ff.; ebenso sächs. b. GB. 1483 flg.

4) Siehe oben S. 240, 5.

5) Siehe oben S. 246, 6.

6) BGB. 823 Abs. 1.

Rechten" nur Privatrechte zu verstehen sind; dafür gehören aber die Privatrechte auch vollständig hierher, also nicht bloß die dinglichen Rechte, sondern auch die Urheber-, die Namens-, die Familien-, die Forderungsrechte [7]) u. s. w.

b) Handlungen, welche ein Rechtsgut anderer als der zu a genannten Art zum Gegenstande haben, gehören nicht hierher. Dies gilt vor allem für die Ehrverletzung [8]), sodann für die Verführung zu strafbaren, unsittlichen, thörichten Handlungen, für den Verrat von Geheimnissen, für die Verletzung staatsbürgerlicher Rechte. — Es gilt ferner, wenn jemand einem anderen die thatsächliche Aussicht auf einen Erwerb nimmt; denn die Erwerbsaussicht als solche ist kein Privatrecht. Allerdings werden wir sehen, daß, wer die Freiheit oder Gesundheit eines Menschen verletzt, auch für die dadurch zerstörten Erwerbsaussichten Schadensersatz leisten muß [9]): alsdann ist aber das Delikt eben nicht bloß gegen die Erwerbsaussichten des Verletzten, sondern vor allem gegen seine Freiheit oder Gesundheit gerichtet.

Daß der Ausdruck „sonstige Rechte" nur auf Privatrechte zu beziehen ist, ergiebt sich aus folgenden Gründen. I. Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit sind keine „Rechte", sondern höchstens Gegenstände von Rechten: sonach kann der Ausdruck „sonstiges Recht" nicht an sie, sondern nur an das unmittelbar vorausgehende Wort „Eigentum" angeknüpft werden. Spricht aber ein privatrechtliches Gesetz von „Eigentum oder sonstigen Rechten", so ist es doch wohl selbstverständlich, daß es dabei nur Privatrechte im Auge hat. II. Hätte das BGB. im Rahmen der hier besprochenen ersten Gruppe der Delikte die Verletzung anderer als der von uns genannten Rechtsgüter treffen wollen, so hätte es als weiteres typisches Beispiel sicher ausdrücklich auch die Ehrverletzung genannt, da es gewissenhaft genug ist, neben der Körper-, noch die Gesundheitsverletzung zu erwähnen und da außerdem die besondere der üblen Nachrede gewidmete Regel in BGB. 824 den Zweifel nahelegt, ob die einfache Ehrverletzung überhaupt ein Delikt sein soll.

c) Bei meiner Auslegung des Wortes „sonstige Rechte" setze ich voraus, daß die sog. Persönlichkeitsrechte keine Privatrechte sind. [10]) Denn anderenfalls würde der Kreis der in die Gruppe I fallenden Delikte unübersehbar ausgedehnt und auch so manche der zu b genannten Handlungen in diesen Kreis einbezogen werden: die Verführung eines anderen erschiene z. B. als Verletzung des Privatrechts auf sittliche Integrität, der Verrat von Geheimnissen als Verletzung des Privatrechts auf Geheimnisbewahrung u. s. w. Indes meine ich, daß die Persönlichkeitsrechte, wie man sonst auch über sie denken mag [11]), jedenfalls keine „Rechte" im Sinne der hier maßgebenden Gesetzesnorm sind. Ringen sie doch erst um ihre Anerkennung! Ist doch ihre Begrenzung überall unsicher und verschwommen! Wäre es da nicht überkühn, wenn der Gesetzgeber sie schablonenhaft den anderen gleichsam konsolidierten Privatrechten einfach gleichstellen wollte? Ist es nicht genug, fürs erste (aus BGB. 826 [12]) bloß ihre vorsätzliche Verletzung für ein Delikt zu erklären, ihre fahrlässige Verletzung dagegen einstweilen zu schonen? — Diese meine Erörterung bezieht sich natürlich auf solche Persönlichkeitsrechte nicht, welche vom Gesetze mit einem selbständigen Klagrechte ausgestattet sind, wie z. B. auf das Recht am Namen; denn derartige Rechte sind gewöhnliche Privatrechte, gerade so wie Eigentum oder Pfandrecht. Man thäte übrigens besser, sie garnicht als Persönlichkeitsrechte zu bezeichnen.

---

7) Siehe unten S. 591, 1. Abw. Linckelmann S. 20.

8) Zweifelnd Endemann § 200[9].

9) Siehe unten S. 594 II, 1; 595 III, 1.

10) Abw. Endemann § 200[10].

11) Ich behalte mir hierüber eine Äußerung im 2. Bande dieses Buchs vor.

12) Siehe unten S. 589 III, 1.

2. Die Handlungen müssen zweitens objektiv rechtswidrig sein.

a) Eine Handlung, welche die Rechtsgüter eines anderen verletzt, ist objektiv rechtswidrig, wenn sie ohne Einwilligung des Verletzten erfolgt oder wenn die Einwilligung des Verletzten zwar erteilt, aber dem Handelnden gegenüber unwirksam ist. Letzteres ist der Fall, wenn dem Verletzten die Einwilligung durch Drohung oder Täuschung[13]) abgedrungen ist, wenn der Verletzte nicht geschäftsfähig war, wenn das Rechtsgut, dessen Verletzung in Frage ist, nicht der Verfügung des Verletzten unterliegt u. s. w.

Beispiel I. A. fällt einen ihm unbequemen Baum auf des Nachbarn Grundstück; der Nachbar hat darein gewilligt, weil B. ihm grobfahrlässig wahrheitswidrig erzählt, ein Schutzmann sei dagewesen und habe die Beseitigung des Baumes gefordert. II. Ein fünfjähriges Kind gestattet einem Fremden, seine Spielsachen mitzunehmen. III. C. tötet den D. auf dessen Bitte.

b) Nicht rechtswidrig ist eine Handlung, welche vorzunehmen der Thäter befugt oder gesetzlich ermächtigt ist, z. B. jede Handlung erlaubter Eigenmacht.

c) Nicht rechtswidrig ist ferner das Verhalten eines Schuldners gegenüber seinem Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung des Schuldners auf einem Rechtsgeschäfte oder auf Gesetzesvorschrift beruht. Mag also der Schuldner seinen Verpflichtungen noch so sehr zuwider handeln, sein Thun ist alsdann vertrags-, pflicht-, gesetzwidrig, aber — in dem hier gemeinten Sinne — nicht „rechtswidrig". Wäre doch anderenfalls jede einzige (schuldhafte) Pflichtverletzung eines Verkäufers oder Käufers, eines Vermieters, eines Darlehnsschuldners, eines Vormundes u. s. w. zugleich eine unerlaubte Handlung. Daß aber das Gesetz den Kreis der Delikte nicht in dieser Art hat ausdehnen wollen, ist zweifellos.

Die hier berührte Frage ist schwierig und vom BGB. kaum gefördert. Folgende Antworten kommen in Betracht. 1. Die (schuldhafte) Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung ist immer „rechtswidrig". 2. Die (schuldhafte) Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung ist „rechtswidrig", wenn sie in einer Handlung besteht, die auch dann als unerlaubt erscheinen würde, wenn von der besonderen obligatorischen Verpflichtung des Thäters ganz abgesehen wird. 3. Die (schuldhafte) Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung ist niemals „rechtswidrig". Die erste Antwort ist einfach unmöglich. Die zweite Antwort hat manches für sich; sie scheitert aber daran, daß die obligatorischen Verpflichtungen des Schuldners dessen Haftung in eigentümlicher Weise charakterisieren und zugleich begrenzen und daß man deshalb dem Schuldner zu nahe tritt, wenn man behauptet: seine Handlung wäre ein Delikt, wenn er Nichtschuldner wäre, also ist sie auch deliktisch, nun da er Schuldner ist; u. a. wäre die Folge, daß der Verleiher, der bei Übergabe der Leihsache eine dem Entleiher gehörige Sache beschädigt, hierbei als Delinquent wegen leichter Fahrlässigkeit haften würde, während er doch als Vertragsschuldner nur für grobe Fahrlässigkeit einsteht. So bleibt also nur die dritte Antwort übrig. Sie ist auch praktisch wohl durchführbar. Allerdings muß man dabei berücksichtigen, daß eine Pflichtverletzung des Schuldners sehr wohl unter die Gruppe II, III der Delikte fallen kann; die Ansicht Endemanns (§ 200[4]), daß die Verletzung einer Vertragspflicht, z. B. die Unterschlagung der hinterlegten Sache durch den Verwahrer, auch nicht unter die anderen Deliktsgruppe eingereiht werden dürfe, halte ich nicht für zutreffend.

---

13) Siehe unten S. 597 VIII.

Ist es richtig, daß die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung niemals „rechtswidrig" ist, so kann eine bloße Unterlassung niemals ein Delikt der Gruppe I sein. Denn eine Unterlassung kommt als Ursache eines Schadens nur in Betracht, wenn sie eine obligatorische (gesetzliche oder rechtsgeschäftliche) Pflicht verletzt. Alle Beispiele einer wirklich unter die Gruppe I fallenden Unterlassung werden irgendwie ein positives Thun des Unterlassenden aufweisen. — Dagegen kommen Unterlassungen sehr häufig als Delikte der Gruppe II und wohl auch, wenn schon selten, der Gruppe III vor.

3. Die Handlungen müssen endlich auch subjektiv rechtswidrig sein: der Thäter muß schuldhaft gehandelt haben. — Der Begriff des Verschuldens ist nicht bloß für die unerlaubten Handlungen wichtig und mußte deshalb bereits im allgemeinen Teile dieses Werkes dargestellt werden.[13a]) Hier seien nur zwei Punkte hervorgehoben.

a) Das Verschulden muß sich auf die Verletzung der fremden Rechtsgüter als solche beziehen: das leichtsinnigste Verhalten ist schuldlos, wenn der Thäter ohne Fahrlässigkeit annahm, daß er damit fremde Rechtsgüter nicht verletzen werde.

b) Auf die verschiedenen Abstufungen des Verschuldens wird keine Rücksicht genommen: Vorsatz, grobe, leichte Fahrlässigkeit stehen sich durchaus gleich.

II. Die zweite Gruppe von Delikten umfaßt alle Handlungen, durch die jemand einem anderen in schuldhaftem Verstoß gegen ein den Schutz des anderen bezweckendes Gesetz Schaden zufügt.[14])

1. Hier ist ganz allgemein eine „Schädigung" des Anderen vorausgesetzt. Daß die Schädigung sich gerade auf die besonderen zu I genannten Güter beziehen müßte, wird dagegen nicht gefordert. Es treten hier also eine ganze Reihe von Handlungen in den Kreis der Delikte ein, welche von der ersten Gruppe der Delikte ausgeschlossen sind, z. B. die Ehrverletzung, der Verrat von Geheimnissen.

2. Ganz anders ist auch das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkeit gefaßt: es besteht hier in dem Verstoß gegen ein „Schutzgesetz", d. h. ein Gesetz, welches gerade zum Schutze des Geschädigten erlassen ist.

a) Gemeint sind hier nicht privatrechtliche Gesetze; denn anderenfalls wäre jede schuldhafte Pflichtwidrigkeit der Eltern gegen ihre Kinder, des Vormundes gegen seine Mündel, des Dienstherrn gegen seine Angestellten ein Delikt, weil die Gesetze, welche die Pflichten der Eltern, Vormünder, Dienstherrn bestimmen, zweifellos den Schutz der Kinder, der Mündel, der Angestellten bezwecken. Das ist aber offenbar nicht der Wille des Gesetzes; für die schuldhafte Verletzung der Fürsorgepflicht, welche den Dienstherrn zu gunsten ihrer Angestellten auferlegt ist, hat das Gesetz denn auch ausdrücklich die „entsprechende" Anwendung gewisser für die Delikte geltenden Regeln vorgeschrieben, offenbar in der Voraussetzung, daß jene Pflichtverletzung an und für sich kein Delikt darstelle. Gemeint sind vielmehr die Gesetze des öffentlichen Rechts, welche irgend eine Handlung unter Androhung einer Strafe oder polizeilichen Zwangs gebieten oder verbieten. Sonach gehört in diese Gruppe der Delikte

---

13a) Siehe oben S. 236. 14) BGB. 823 Abs. 2.

die Tötung, die Körperverletzung, der Meineid, die Kuppelei, die Beleidigung, die Unterschlagung, der Kontraktbruch des Armeelieferanten, das Legen von Fußangeln, das Nichtzudecken von Gruben, das Schießen in der Nähe von Gebäuden, die Unterlassung des polizeilich angeordneten Raupens u. s. w.

Das Schutzgesetz muß gerade den Schutz „des anderen" d. h. den Schutz des Verletzten bezwecken. Beispiel: das rasche Fahren auf einer Brücke ist verboten; ein Frachtkutscher fährt trotzdem im Trabe darüber; dabei zerbricht durch die Erschütterung ein Spiegel, der sich ohne Wissen des Kutschers auf dem Wagen befindet; der Kutscher ist haftfrei; denn das rasche Fahren war nicht zum Schutze des Frachtguts, sondern zum Schutze der Brücke und der Passanten verboten.

Meine Auslegung des Ausdrucks „Schutzgesetz" ist nicht unbedenklich. Namentlich steht ihr entgegen, daß sie die Erwähnung der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit in BGB. 823 Abs. 1, also als Delikt der Gruppe I, überflüssig macht. Denn eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit verstößt, wenn man meiner Auslegung folgt, immer zugleich gegen ein Schutzgesetz, ist also immer zugleich ein Delikt der Gruppe I. Indes man wolle, ehe man meine Auslegung verwirft, zunächst eine bessere finden. Sicher ist, daß der Gesetzgeber uns hier statt einer Gesetzesnorm ein Rätsel beschert hat.

Abzulehnen ist die Meinung, daß unter Schutzgesetzen nur solche Gesetze zu verstehen sind, die den Schutz einzelner Personen, nicht auch solche, die den Schutz der Allgemeinheit bezwecken.[15]) Praktisch ist diese Unterscheidung ganz undurchführbar.

b) Die Regel, daß das pflichtwidrige Verhalten eines Schuldners seinem Gläubiger gegenüber nicht deliktisch ist, gilt hier nicht. Es ist vielmehr zweifellos ein Delikt, wenn ein Mieter die Mietsache vorsätzlich zerstört, wenn ein Verwahrer die hinterlegte Sache unterschlägt, wenn ein Vormund einen namens seines Mündel geführten Prozeß absichtlich verliert oder die Gesundheit des Mündels durch Versäumung gehöriger Aufsicht schädigt.

c) Dagegen gilt die Regel, daß, wer lediglich von seinem Rechte Gebrauch macht, kein Delikt begeht, auch hier.

3. Schließlich ist auch das Erfordernis subjektiver Rechtswidrigkeit anders geregelt als bei der Gruppe I.

a) Allerdings ist ein Verschulden des Thäters auch hier ausnahmslos vorausgesetzt, selbst wenn das Schutzgesetz seine Bestimmungen ohne Rücksicht auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Thäters trifft. Dagegen genügt nicht immer, wie in der Gruppe I, ein geringes Verschulden; vielmehr ist, wenn das Schutzgesetz sich nur gegen grobfahrlässige oder gar nur gegen vorsätzliche Verstöße wendet, auch ein Privatdelikt nur bei grober Fahrlässigkeit oder gar nur bei vorsätzlichem Verhalten des Thäters anzunehmen.

b) Fahrlässigkeit oder Vorsatz braucht sich nur auf die Übertretung des Schutzgesetzes als solche, nicht auch auf die dadurch verursachte Schädigung des Verletzten zu beziehen.

Beispiel. Fleischer A. verkauft an B. Schweinefleisch, welches, wie er wissen mußte, nicht auf Trichinen untersucht war; er handelt „unerlaubt", auch wenn er ohne Fahrlässigkeit

---

15) Sie ist namentlich von Linckelmann bei K. und R. 13 S. 79, Lenel, D. Jur. Ztg. 2 S. 409 vertreten.

vorausgesetzt hat, B. werde das Fleisch derart kochen, daß etwaige Trichinen darin getötet werden würden.

III. Die dritte Gruppe der Privatdelikte umfaßt alle Handlungen, durch die jemand einen anderen in Widerspruch gegen die guten Sitten vorsätzlich schädigt.[16]

1. Auch hier genügt wie bei der Gruppe II jede beliebige Schädigung des anderen, ohne Rücksicht auf den Charakter des geschädigten Rechtsguts. Namentlich spielt hier die Zerstörung einer bloßen thatsächlichen Erwerbsaussicht eine große Rolle.

Beispiele. I. A. schleicht sich verkleidet in die Fabrik seines Konkurrenten B., erkundet dessen Fabrikationsgeheimnisse und fängt ihm dadurch die Kundschaft fort. II. C. gräbt seinen Brunnen viel tiefer als nötig, bloß um seinem Nachbar D., der gleichfalls einen Brunnen anlegen will, die Arbeit zu verteuern. III. E. lügt dem F., dem eine Stellung als Diener bei G. angeboten ist, vor, G. sei äußerst jähzornig und bestimmt dadurch F., das Angebot G.'s abzulehnen.

2. a) Die objektive Rechtswidrigkeit des Delikts besteht hier in der Verfehlung gegen die guten Sitten. Der Begriff der guten Sitten ist der gleiche wie bei der Regel, daß ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig ist.[17]

b) Die Regel, daß die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung seitens des Schuldners kein Delikt darstelle, ist hier ebensowenig anwendbar wie bei der Gruppe II.

c) Dagegen gilt die Regel, daß, wer lediglich sein Recht gebraucht, kein Delikt begeht, auch hier. Nun ist ein Satz, den wir an einer früheren Stelle dieses Werks erörtert haben, gerade hier von besonderer Wichtigkeit: kein Recht darf ausschließlich zur Chikane, ausschließlich zwecks Schädigung eines anderen ausgeübt werden.[18]

3. Die subjektive Rechtswidrigkeit muß in vorsätzlichem Verhalten des Thäters bestehen: der Vorsatz muß sich nicht auf den Verstoß gegen die guten Sitten als solchen, sondern auf die Schädigung des Verletzten beziehen.

Beispiel. Ein Student A. verführt den Gymnasiasten B., um ihn für die Hochschule vorzubereiten, zum Trunk; die Folge ist, daß B. die Schlußprüfung nicht besteht; hier hat A. vorsätzlich gegen die guten Sitten gehandelt, nicht aber vorsätzlich den B. geschädigt; ein Delikt liegt also nicht vor.

Zu I—III. Faßt man die verschiedenen Arten der Delikte zu I—III zusammen und vergleicht sie mit den strafbaren Handlungen, so ergiebt sich, daß Delikt und Strafthat nicht identisch sind. So ist z. B. die Selbstverstümmelung, der Betrugsversuch, die üble Nachrede[19] strafbar und doch nicht Delikt. Umgekehrt ist die fahrlässige Sachbeschädigung, die fahrlässige Freiheitsberaubung Delikt, aber nicht strafbar.

---

16) BGB. 826. 17) Siehe oben S. 172, 5 a.
18) Siehe oben S. 271, 2. 19) Siehe unten S. 596 V.

b) Rechtswirkung.

§ 164.

Die unerlaubte Handlung erzeugt ein Forderungsrecht auf Schadensersatz.

I. Schuldner ist der Thäter, d. h. der Urheber der Handlung, welche den zu erstattenden Schaden angerichtet hat. — Sehr häufig wird ein Schaden durch eine Mehrheit von Urhebern verursacht, sei es, daß sie sich zu einer gemeinsamen Handlung vereinigen, sei es, daß jeder seinen Beitrag zu der Schadensanstiftung selbständig liefert.

1. Leitender Grundsatz ist alsdann: jede dieser Personen wird so angesehen, als sei sie allein der Thäter; jede wird für das Delikt als Gesamtschuldner verantwortlich gemacht. Der Einwand, daß sie den Schaden nicht allein verursacht habe, sondern nur zusammen mit den anderen, bleibt also unbeachtet: auch der bloße Mitthäter gilt als Thäter. Ebensowenig kommt es darauf an, ob sie bei der Schädigung des Verletzten leitend, ausschlaggebend oder nur nebensächlich mitgewirkt hat: auch der bloße Gehülfe gilt als Thäter. Unerheblich ist es endlich, ob sie den Schaden unmittelbar herbeigeführt oder durch Drohungen, durch Geschenke, durch Zureden den unmittelbaren Urheber zu seinem Verhalten veranlaßt hat: auch der bloße Anstifter gilt als Thäter. [1])

2. Als „mithandelnd“ im Sinne des Grundsatzes zu 1. gilt nur, wer nicht bloß mitgethan, sondern auch mitgewirkt, also zu dem schließlichen unerlaubten Erfolge der Handlung, zu der Schädigung des Verletzten, als Miturheber etwas beigetragen hat. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn bei einer gemeinschaftlichen Handlung der unerlaubte Erfolg bloß auf einen oder einige der Mithandelnden als alleinige Urheber zurückgeführt werden kann, aber nicht zu ermitteln ist, auf wen; alsdann werden sämtliche Mithandelnde, deren Miturheberschaft möglich ist, als Thäter angesehen, obschon mindestens einer von ihnen in Wahrheit nicht Miturheber, also auch nicht Thäter ist. [2])

Beispiel. Der Jagdhund des Försters A. wird mit einer Schußwunde tot im Walde aufgefunden; die Tötung muß entweder von B. oder von C. herrühren; denn nur sie beide sind zur Zeit der That im Walde gewesen. I. B. und C. waren als Wilddiebe im Walde, ohne etwas von einander zu wissen; beide haben geständlich auf den Hund geschossen; beide wollen ihn aber gefehlt haben. Hier gilt weder B. noch C. als Thäter. Denn keinem kann die Urheberschaft nachgewiesen werden, und eine gemeinschaftliche Handlung liegt nicht vor. II. Gleicher Fall; nur haben B. und C. sich zufällig im Walde getroffen und dann infolge einer Wette auf den Hund geschossen; alsdann gilt sowohl B. wie C. als Thäter; denn hier ist der Fall gemeinschaftlichen Handelns in der That gegeben.

3. Über die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für seine Gehülfen, der

---

1) BGB. 830, 840 Abs. 1.   2) BGB. 830.

Eltern, Vormünder, Erzieher u. s. w. für die ihrer Aufsicht unterworfenen Personen, der juristischen Personen für ihre Vertreter ist schon im allgemeinen Teile dieses Werks gesprochen worden.[3]) — Dort ist auch erwähnt, daß die deliktische Haftung Unzurechnungsfähiger, soweit sie überhaupt Platz greift, nur subsidiärer Art ist.[4])

4. Die ungeteilte Verantwortlichkeit mehrerer Personen für ein Delikt gilt nur gegenüber dem Verletzten. Unter sich gelten die Miturheber dagegen als geteilt verantwortlich, und zwar im Zweifel zu gleichen Teilen.[5]) Jeder von ihnen kann also, wenn er dem Verletzten volle Genugthuung gegeben hat, von den Mitschuldigen die Erstattung ihres Anteils fordern. Dies gilt, abweichend von dem bisherigen gemeinen, preußischen und sächsischen Recht[6]), sogar bei vorsätzlichen Delikten. Nur folgende Ausnahmen greifen Platz.

a) Die Beteiligung eines der Mitthäter kann derart überwiegen, daß es unsittlich wäre, wenn er die anderen Mitthäter zur Teilnahme am Schadensersatz nötigen wollte. Alsdann ist ihm das Rückgriffsrecht zu versagen. Dies wird namentlich im Verhältnis zwischen dem Anstifter und den von ihm Verführten häufig der Fall sein.[7])

b) Andere Ausnahmen sind in BGB. 840 Abs. 2, 3, 841 angeführt. Ist z. B. bei dem Einsturz eines Hauses ein Mensch ums Leben gekommen und dafür der Hausbesitzer und der Baumeister haftbar, so gilt im Verhältnis zwischen den beiden Haftpflichtigen als allein schuldig der Baumeister. Wird ein Geschäftsherr für die Delikte seines Angestellten haftbar gemacht, so gilt im Verhältnis zwischen beiden als allein schuldig der Angestellte u. s. w.

II. Gläubiger ist der Verletzte, d. h. der durch das Delikt Geschädigte.

1. Gleichgültig ist es, ob der Verletzte durch das Delikt unmittelbar oder nur mittelbar geschädigt ist[8]); bei der Sachbeschädigung gilt z. B. nicht bloß der Eigentümer, der Nießbraucher, der Mieter, sondern auch der Käufer der Sache als der Verletzte.

Darauf ob die Gefahr der Sache bereits auf den Käufer übergegangen ist, kommt nichts an[9]); denn auch wenn der Verkäufer die Gefahr trägt, kann der Käufer durch die Zerstörung der Sache erheblich geschädigt sein, namentlich wenn er sie billig gekauft hat. — Als Verletzter gilt auch, wer für den Schaden die Versicherung übernommen hat, wichtig z. B. bei Brandstiftung.

2. Eine Ausnahme greift bei den Delikten wider die Person (Tötung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung u. s. w.) Platz. Hier gilt als Verletzter zunächst nur der, dessen Person unmittelbar geschädigt ist. So kann z. B. der Besitzer einer Brauerei, dessen Gewerbebetrieb durch die Ermordung seines

---

3) Siehe oben S. 241, 7; 242, 8; 106, 3. 4) Siehe oben S. 246, 6.
5) BGB. 426.
6) Windscheid 298[12], Pr. LR. I, 6 § 34, sächs. b. GB. 1495.
7) Nach Analogie von BGB. 817.
8) Abw. Linckelmann S. 23. 9) Abw. Endemann § 200[7].

Braumeisters schwer geschädigt wird, von dem Mörder keinen Ersatz fordern. Die Ausnahmen, welche diese Regel erleidet, werden weiter unten zu erwähnen sein.[10])

Demgemäß hat auch eine Lebensversicherungsgesellschaft gegen den Mörder einer bei ihr versicherten Person keinen Ersatzanspruch!

Übrigens kann das Delikt wider die Person zugleich den Thatbestand eines Delikts gegen das Vermögen darstellen. Alsdann gilt auch ein Dritter, der durch das Delikt nur mittelbar geschädigt ist, als Verletzter. Dies wäre z. B. der Fall, wenn jemand den F. nur deshalb einsperrt, weil er dadurch zum Schaden des G. einen Vertragsschluß, den F. und G. miteinander vorhaben, verhindern will.

III. 1. Der Inhalt des Forderungsrechts bestimmt sich nach den allgemeinen für alle Schadensersatzansprüche geltenden Regeln: wer Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung fordert, hat grundsätzlich die gleichen Rechte, wie der, welcher Schadensersatz wegen Verletzung eines Vertrages beansprucht. Deshalb genügt der Hinweis auf unsere früher gegebene Darstellung des Rechts auf Schadensersatz. Hervorgehoben sei nur folgendes.

a) Der Schadensersatz geht zunächst auf Schadensbeseitigung.[11]) Das ist namentlich bei fortgesetzter Schädigung wichtig: der Geschädigte kann auf Unterlassung für die Zukunft klagen. Ein Beispiel ist, daß mein Nachbar an seinem Hause eine Tafel anbringt, welche eine mich beleidigende Inschrift trägt: ich kann die Wegnahme der Tafel fordern.

b) Soweit der Schadensersatz in Geld zu leisten ist, kann er grundsätzlich nur für einen dem Verletzten erwachsenen Vermögensschaden gefordert werden. Doch gelten einige wichtige Ausnahmen, von denen später noch die Rede sein wird.[12])

c) Die Schadensersatzpflicht kann im Einzelfall fortfallen, wenn dem Verletzten selber ein Verschulden zur Last fällt.[12a]) Vorausgesetzt ist dabei, daß der Verletzte zurechnungsfähig ist.[13])

2. Eine Verschiedenheit des Schadensersatzanspruchs aus Delikt von sonstigen Schadensersatzansprüchen gilt, wenn wir hier einstweilen von den für einzelne Arten der Delikte geltenden Besonderheiten absehen, nur nach zwei Richtungen.

a) Hat der Thäter durch seine unerlaubte Handlung, z. B. einen Betrug, eine Erpressung, eine Forderung gegen den Verletzten erworben, so ist die Forderung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner unwirksam; der Schuldner kann sich auf diese Ungültigkeit auch dann berufen, wenn sein Anspruch auf Schadensersatz wegen der unerlaubten Handlung verjährt ist.[14])

Die Behauptung Endemanns, § 201[12], der Schuldner könne, wenn die Forderung bereits erfüllt sei, das Geleistete zurückfordern, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Es kommen vielmehr die gewöhnlichen Regeln (BGB. 814, 817, unten S. 607 ff.) zur Anwendung.

---

10) Siehe unten S. 593, 2; 594, 3; 595 II 3, III 3. 11) Siehe oben S. 318, 8.
12) Siehe oben S. 319 d, unten S. 595 II 2, III 2, 596, 2.
12a) Siehe oben S. 317, 7 b. 13) Abw. Endemann § 132[4]. 14) BGB. 853.

b) Die Verjährung des Ersatzanspruchs ist eigentümlich normiert.[14a])

c) Dagegen enthält keine Besonderheit BGB. 842: „Die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt." Denn diese Regel gilt auch bei einer vertragsmäßigen Schadensersatzpflicht, z. B. in dem Falle, daß der Dienstherr seinen Arbeitern vertragswidrig die Erteilung eines Zeugnisses verweigert.

IV. Bei einigen Delikten kann der Verletzte von dem Thäter statt des Schadensersatzes eine Buße fordern.[15]) Es handelt sich dabei durchweg um strafbare Handlungen, z. B. um Körperverletzung, Verleumdung, Verletzung eines fremden Firmen- oder Markenrechts, Patentverletzung.

a) Die Buße kann nur im Strafverfahren begehrt werden und zwar nur für den Fall, daß der Schuldige wirklich zu einer Kriminalstrafe verurteilt wird. Ein festes Recht auf die Buße hat der Verletzte nicht; vielmehr hängt die Verhängung der Buße vom freien Ermessen des Gerichts ab.

b) Die Höhe der Buße wird vom Gerichte bis zu einem gewissen für die verschiedenen Delikte nicht gleichmäßig bestimmten Höchstbetrage (z. B. bei der Körperverletzung bis zum Betrage von 6000 Mark) vom Gericht frei bestimmt. Das Gericht braucht also bei Bemessung der Buße nicht bloß auf den Schaden Rücksicht zu nehmen, den der Verletzte nachweislich oder wahrscheinlich durch das Delikt erlitten hat, sondern kann darauf bedacht sein, daß dem Verletzten über den Schadensersatz hinaus volle Genugthuung gewährt werde. Deshalb stellt die Buße eine Privatstrafe dar.[16]) Dem steht nicht entgegen, daß der Verletzte neben der Buße nicht noch „einen weiteren Entschädigungsanspruch" geltend machen darf: denn daraus folgt nur, daß die Buße den Schadensersatz in sich schließt, nicht aber, daß der Schadensersatz ihr einziger Zweck ist.[17])

2. Die Delikte im einzelnen.

§ 165.

I. Die Tötung ist Delikt in allen Fällen, in denen sie mit Strafe bedroht ist, also als Mord, Totschlag, fahrlässige Tötung, Zweikampf oder Körperverletzung mit tödlichem Ausgang u. s. w. Die Ersatzpflicht des Thäters ist wie folgt bestimmt.

1. Der Thäter hat zunächst die Kosten der Beerdigung des Getöteten demjenigen, der für diese Kosten unmittelbar haftbar ist, zu ersetzen.[1])

2. a) Der Thäter hat ferner den Hinterbliebenen, die der Getötete kraft

14a) S. oben S. 256, 2.

15) Z. B. StrGB. 188, 231.

16) Die Litteratur der Streitfrage s. bei Liszt, Strafr. § 69.

17) Siehe oben S. 322.

1) BGB. 844 Abs. 1.

Gesetzesvorschrift zu unterhalten verpflichtet war und die infolge der Tötung dies ihr Recht auf Unterhalt eingebüßt haben, Schadensersatz zu leisten. Die Höhe des Schadensersatzes ist nach dem Werte zu bestimmen, den der vom Getöteten zu gewährende Unterhalt für die Hinterbliebenen hatte; demnach kommt es namentlich darauf an, wie lange der Getötete mutmaßlich noch gelebt haben würde.

b) Der Schadensersatz zu a. ist in einer Geldrente, die vierteljährlich im Voraus zahlbar ist, zu leisten [2]); und zwar können die Hinterbliebenen, wenn die Umstände es rechtfertigen, für die Leistung der Geldrente Sicherheit fordern [3]) oder sogar, wenn ein wichtiger Grund dafür spricht, eine Abfindung in Kapital verlangen. Bei nachträglicher Änderung der Umstände kann die Rente, auch wenn ihre Höhe durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, erhöht oder vermindert werden. [4])

c) Die Ersatzpflicht zu a wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Dritter den Hinterbliebenen Unterhalt zu gewähren hat, z. B., nachdem der Vater getötet ist, die Mutter. [5])

d) Sie gilt auch dann, wenn die Unterhaltsverpflichtung zur Zeit der tödlichen Verletzung des Verstorbenen noch garnicht begründet war, sofern nur zwischen dem Getöteten und den Hinterbliebenen damals bereits ein Verhältnis bestand, auf welches sich für die Zukunft eine Unterhaltsverpflichtung des Ersteren gründen konnte; ja es werden sogar die Unterhaltsansprüche solcher Hinterbliebener berücksichtigt, die zur Zeit der Verletzung zwar schon erzeugt, aber noch nicht geboren waren. [6]) Danach sind z. B. die Enkel des Getöteten schadensersatzberechtigt, wenn sie zur Zeit der Verletzung bereits erzeugt waren, mag ihr Vater auch damals noch gelebt haben, also gemäß BGB. 1606 Abs. 2 der Großvater in jenem Zeitpunkt zu ihrer Unterhaltung nicht verpflichtet gewesen sein; dagegen ist, wenn der tödlich Verletzte noch kurz vor seinem Tode heiratet, die Wittwe nicht ersatzberechtigt.

e) Der Anspruch der Hinterbliebenen ist nach Maßgabe von BGB. 254 ausgeschlossen, wenn entweder ihnen selbst oder [7]) dem Getöteten ein Verschulden zur Last fällt.

3. Ferner hat der Thäter, wenn der Getötete kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Haushalt oder Gewerbe verpflichtet war, diesem Dritten für die entgehenden Dienste Ersatz zu leisten. Der Ersatz findet auch hier in einer Geldrente statt, nach Maßgabe der zu 2 b genannten Regeln. [8])

Auch die Regel zu 2 e ist entsprechend anwendbar.

II. Die Körperverletzung und Gesundheitsschädigung ist wie die Tötung in allen Fällen ein Delikt, in denen sie strafbar ist. Die Ersatzpflicht des Thäters hat folgenden Inhalt. [9])

1. a) Der Thäter muß, wenn durch den Unfall die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert ist oder seine Bedürfnisse vermehrt werden, Schadensersatz leisten.

b) Der Ersatz ist durch eine Rente zu gewähren, nach Maßgabe der zu I, 2 b, c. genannten Regeln.

---

2) BGB. 844 Abs. 2, 843 Abs. 2—4, 760.
3) Siehe ZPO. 324. 4) ZPO. 323.
5) BGB. 843 Abs. 4. 6) BGB. 844 Abs. 2.
7) BGB. 846. 8) BGB. 845. 9) BGB. 843, 845—847.

2. a) Ferner hat der Thäter auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Vergütung in Geld zu gewähren, z. B. wegen der Schmerzen, die der Verletzte erlitten, wegen der Genüsse, die er entbehrt hat.[10])

Diese Regel ist bereits durch gemeines Gewohnheitsrecht anerkannt („Schmerzensgeld"). Nach Pr. LR. I 6 § 112, 123 gilt sie nur, wenn der Verletzte niederen Standes ist, und in ganz eigentümlicher Weise, wenn einem Mädchen durch die Körperverletzung die Aussicht auf Verheiratung genommen ist.

b) Der Anspruch auf diese Vergütung ist nicht übertragbar. Vererblich wird er erst, wenn er vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden ist.[11])

3. War der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet, so hat der Thäter den Dritten in gleicher Art zu entschädigen wie im Falle der Tötung.[12])

III. Die Freiheitsentziehung ist Delikt nicht bloß in allen Fällen, in denen sie strafbar ist[13]), sondern auch dann, wenn sie zwar nicht strafbar, aber doch (objektiv und subjektiv) rechtswidrig ist.[14]) Es gehört also nicht bloß die vorsätzliche Einsperrung, Entführung, Bedrohung u. s. w., sondern auch die fahrlässige rechtswidrige Freiheitsberaubung hierher.

1. Der Thäter hat dem Verletzten allen durch die Freiheitsentziehung verursachten Vermögensschaden zu ersetzen, einschließlich der Nachteile für Erwerb und Fortkommen.[15])

2. Auch für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, muß er ihm wie bei der Körperverletzung billige Vergütung gewähren.[16])

Diese Regel ist bereits im jetzigen gemeinen Sachsenrecht[17]) sowie im sächs. b. GB. 1497 anerkannt („Sachsenbuße").[17])

3. Ebenso muß er Dritten, denen der Verletzte kraft Gesetzes zur Leistung von Diensten im Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war[18]), wie bei Tötung und Körperverletzung Ersatz leisten.

IV. Geschlechtliche Vergehungen gegen eine Frau sind Delikte, wenn sie strafbar sind,[19]) sowie wenn sie vorsätzlich in der Absicht vorgenommen werden, die Frau zu schädigen.[20]) Außerdem ist es für ein Delikt erklärt, wenn jemand eine Frau durch Hinterlist, Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt, ohne Rücksicht darauf, ob die Frau unbescholten ist oder nicht.[21])

---

10) BGB. 847. 11) BGB. 847 Satz 2.
12) BGB. 845. 13) Delikt der Gruppe II, oben S. 587 II.
14) Delikt der Gruppe I, oben S. 584 I. 15) BGB. 842.
16) BGB. 847. 17) Stobbe 3 § 203 III.
18) BGB. 845. 19) Delikt der Gruppe II.
20) Delikt der Gruppe III. 21) BGB. 825.

1. Der Thäter hat der Verletzten allen durch die Vergehung verursachten Vermögensschaden zu ersetzen, z. B. wenn sie infolge des Delikts niederkommt, die Kosten der Entbindung und der Pflege, ferner den ihr entgehenden Arbeitsverdienst u. s. w.

2. Auch einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, muß er ersetzen, wie bei einer Körperverletzung oder Freiheitsentziehung.[22])

Auch das bisherige Recht giebt einer Frau, deren Geschlechtsehre durch Gewalt oder Verführung verletzt ist, einen Schadensersatzanspruch, teilweise in Gestalt eines Anspruchs auf Ausstattung (duc aut dota). Es beschränkt aber den Anspruch im Falle der Verführung als sog. Deflorationsanspruch auf unbescholtene oder gar auf jungfräuliche Frauen.[23])

V. Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung. Die gewöhnliche Beleidigung ist ein Delikt, wenn sie strafbar ist.[24]) Dagegen ist der Thatbestand der üblen Nachrede und der Verleumdung unabhängig von den strafrechtlichen Regeln wie folgt bestimmt[25]): er setzt voraus, daß jemand eine Thatsache, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, behauptet oder verbreitet, daß diese Nachrede erweislich unwahr ist und daß ihr Urheber die Unwahrheit kennt oder kennen muß; eine Ausnahme gilt, wenn der Urheber der Nachrede die Unwahrheit seiner Mitteilung erweislich nicht gekannt hat und außerdem entweder er selbst oder der Dritte, dem die Mitteilung gemacht wird, an dem Inhalt der Nachrede ein berechtigtes Interesse hat. Die Art der Ersatzpflicht des Thäters folgt den allgemeinen Vorschriften.

BGB. 824 sucht, wie man sieht, zwischen StrGB. 186, 187 zu vermitteln: es soll einerseits nicht, wie nach StrGB. 186, genügen, daß jemand eine nicht erweislich wahre Thatsache verbreitet; es soll andererseits nicht, wie nach StrGB. 187, erforderlich sein, daß die Verbreitung wider besseres Wissen erfolgt.

VI. Entziehung einer Sache. Der Thatbestand dieses Delikts wird nicht näher bestimmt; jedenfalls umfaßt er den Thatbestand des Raubes, des Diebstahls, der Unterschlagung, teilweise auch den des Betruges, der Hehlerei u. s. w.; er geht aber über den Bereich aller dieser strafbaren Handlungen insofern noch hinaus, als er auch die fahrlässige Entziehung einer Sache mit einschließt. Für die Ersatzpflicht des Thäters gelten folgende Regeln.

1. Der Thäter steht in Ansehung der Sache auch für Zufall ein, also namentlich für zufällige Beschädigung oder Zerstörung der Sache, es sei denn, daß der Zufall die Sache auch ohne die unerlaubte Handlung betroffen haben würde.[26])

---

22) BGB. 847 Abs. 2.

23) So das gemeine Recht (Stobbe 3 § 204[10]), preuß. Ges. v. 24. 4. 54 § 6, sächs. b. GB. 1552 u. s. w.

24) Delikt der Gruppe II; s. oben S. 587.

25) BGB. 824. 26) BGB. 848.

Beispiel. Aus Zerstreutheit nehme ich, von einer Gesellschaft zurückkommend, den Pelz des A. statt meines eigenen Pelzes mit; unterwegs bespritzt mich ein Strolch mit Vitriol und macht damit den Pelz wertlos; ich bin ersatzpflichtig, es müßte denn sein, daß A. desselben Weges geht wie ich und von dem Strolch in gleicher Art angegriffen wird.

2. Hat der Thäter den Wert der entzogenen Sache zu ersetzen, so muß er die Ersatzsumme von dem Zeitpunkte ab verzinsen, welcher der Bestimmung des Wertes zu Grunde gelegt wird, also meistens von dem Zeitpunkt des Untergangs der Sache.[27])

3. Hat der Thäter den Wert der entzogenen Sache zu ersetzen, so kann er die Zahlung mit befreiender Wirkung an den leisten, der zur Zeit der Entziehung im Besitz der Sache war, mag auch dieser Besitzer ein Recht an der Sache nicht gehabt, sondern die Sache vielleicht selber gestohlen haben; nur wenn der Thäter das Recht oder die Mitberechtigung eines Dritten an der Sache gekannt oder aus grober Fahrlässigkeit übersehen hat, bleibt er trotz der Zahlung der Ersatzsumme an den vormaligen Besitzer dem Dritten haftbar.[28]) — Siehe ferner oben S. 319, 9.

4. Hat der Thäter auf die entzogene Sache Verwendungen gemacht, so kann er deren Vergütung in gleicher Art verlangen, wie ein mit dem Eigentumsanspruch verfolgter Besitzer. Er kann also Erstattung der notwendigen Verwendungen immer fordern; die Erstattung sonstiger Verwendungen kann er dagegen nur verlangen, wenn er den Besitz der Sache zwar unerlaubt, aber gutgläubig, d. h. durch eine leichte Fahrlässigkeit erlangt hatte, und auch nur soweit, als sie den Wert der Sache noch zur Zeit erhöhen.[29]) Die römische Regel, daß der Dieb auf Erstattung seiner Verwendungen niemals Anspruch hat, ist beseitigt.[30])

VII. Vorsätzliche oder fahrlässige Sachbeschädigung. Die Regeln zu VI, 2, 3 gelten auch hier.[31])

VIII. Täuschung. Sie ist immer Delikt, wenn sie strafbar ist,[32]) z. B. als Betrug. Außerdem ist Delikt jede chikanöse[33]) sowie die fahrlässige Täuschung, letztere aber nur, wenn sie objektiv und subjektiv rechtswidrig ist, und Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit oder ein Privatrecht eines anderen verletzt.[34])

Daß nicht bloß der Betrug, sondern auch fahrlässige Täuschung als Delikt gilt, mag auf den ersten Blick auffallend erscheinen. Man könnte einwenden: hier sei Urheber des Schadens der Getäuschte selbst; die Täuschung als solche stelle eine Schädigung des Getäuschten noch nicht dar, sondern erst das, was der Getäuschte demnächst infolge seines Irrtums freiwillig selber begonnen hat. Indes ist dieser Einwand unbegründet: denn die freiwilligen Handlungen des Getäuschten sind schließlich auf die Täuschung als ihre Ursache zurückzuführen; mittelbar ist also auch der Schade, den der Getäuschte sich selbst zufügt, durch die Täuschung verursacht. Ebensowenig begründet wäre der Einwand: da niemand ein Recht darauf hat, daß ein anderer ihm die Wahrheit sagt, sei die fahrlässige Täuschung nicht rechtswidrig. Denn richtiger noch ist die Umkehrung: niemand hat ein Recht darauf, einem anderen die Unwahrheit zu sagen; wer die Unwahrheit sagt, handelt also rechtlos und, wenn er dadurch fahrlässig

---

27) BGB. 849. 28) BGB. 851.
29) BGB. 850, 994 flg. 30) Windscheid § 195[3].
31) BGB. 849, 851. 32) Delikt der Gruppe II.
33) Delikt der Gruppe III. 34) Delikt der Gruppe I.

das Vermögen eines anderen schädigt, rechtswidrig. Daß diese meine Ausführung richtig ist, läßt sich am deutlichsten bei der fahrlässigen Körperverletzung zeigen: A. besucht seinen erkrankten Freund B.; B. nimmt die Arzenei, die ihm auf seine Bitte von A. gegeben ist und stirbt, da A. ihm grobfahrlässig eine falsche Arzenei gereicht hat; niemand wird in diesem Falle bezweifeln, daß A. den B. rechtswidrig fahrlässig getötet hat, obschon B. die Arzenei freiwillig getrunken hat und ein Recht auf die Darreichung der richtigen Medizin gegen B. nicht besaß. — Delikt ist nicht die Täuschung an sich, sondern die Schädigung des Getäuschten an Freiheit, Vermögen u. s. w. Deshalb muß das Verschulden des Thäters sich nicht auf die Täuschung als solche, sondern auf den dadurch dem Getäuschten erwachsenen Schaden beziehen[35]): es ist also erforderlich, daß der Thäter diesen Schaden als Folge seiner Täuschung vorhergesehen hat oder hat vorhersehen müssen.

IX. Delikte im Amt.[36])

1. a) Statt der mannigfachen ins einzelne gehenden Regeln des Strafrechts greift folgende einfache Vorschrift Platz: als Delikt gilt jede schuldhafte Verletzung einer Pflicht, die dem Beamten gegenüber einem Dritten auferlegt ist, falls sie dem Dritten Schaden zufügt.

b) Eine Ausnahme[37]) gilt, wenn ein Beamter bei Fällung des Urteils in einer Rechtssache seine Amtspflichten verletzt: hier soll ein Delikt nur vorliegen, wenn die Pflichtverletzung kriminell strafbar ist, z. B. die absichtliche Beugung des Rechts.[38]) Doch fällt diese Ausnahme fort, wenn die Pflichtverletzung in der Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung besteht.

2. a) Die Haftpflicht des Beamten aus seinem Delikt ist regelmäßig eine ergänzende, gilt also nur, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise — z. B. wenn der Beamte von einer Privatperson zu der Pflichtverletzung verführt worden ist, von dieser Privatperson — Ersatz zu erlangen vermag.[39]) Bloß bei vorsätzlichen Delikten haftet der Beamte in erster Reihe.

b) Die Haftpflicht des Beamten fällt ganz fort[40]), wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch ein Rechtsmittel (Klage, Beschwerde, Einspruch u. s. w.) abzuwenden.

3. Wenn ein Vormund seinen Mündel pflichtwidrig schädigt, kann der Vormundschaftsrichter als Mitschuldiger erscheinen, z. B. weil er den Vormund nachlässig ausgesucht oder beaufsichtigt hat. Alsdann haften Vormund und Richter dem Mündel als Gesamtschuldner; im Verhältnis zwischen Vormund und Richter gilt aber der erstere als alleinschuldig; der Richter kann also den Rückgriff gegen den Vormund nehmen, nicht aber der Vormund gegen den Richter. Dies gilt sogar, da das Gesetz nicht unterscheidet, dann, wenn die Fahrlässigkeit des Richters schlimmer war als die des Vormundes; jener kannte z. B. den Sachverhalt genau, während der Vormund sein Amt eben übernommen hatte. — Analoge Regeln gelten für das Verhältnis von Sequester, Konkursverwalter, Nachlaßpfleger und Gericht u. s. w.[40a])

4. Die nähere Erörterung der Beamtendelikte ist trotz ihrer privatrechtlichen Erscheinungs-

---

35) Siehe oben S. 587, 3 a.

36) BGB. 839; s. auch EG. 77—79.

37) BGB. 839 Abs. 2. Anders das bisherige Recht: Windscheid 470¹; Dernb. Pr. Pr. 2 § 298¹⁵.

38) StrGB. 336.

39) BGB. 839 Abs. 1. Die Subsidiarität der Beamtenhaftung gilt schon jetzt nach Pr. LR. II, 10 § 91.

40) BGB. 839 Abs. 3.

40a) BGB. 841.

form öffentlichen Rechts. Sie bleibt deshalb dem Staatsrecht überlassen. Dort ist auch die Haftung des Staats für die Beamtendelikte darzustellen.[41])

5. Über die Haftung der Grundbuchbeamten s. unten im Sachenrecht.

X. Tötung, Körperverletzung und Sachbeschädigung durch den Einsturz eines Gebäudes.

1. Sie ist Delikt, wenn der Einsturz die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung des Gebäudes war. Als Deliktschuldner gilt, wer das Grundstück, auf dem das eingestürzte Gebäude stand, zur Zeit des Einsturzes in seinem Eigenbesitze hatte, es sei denn, daß er nachweislich die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zwecks Abwendung der Gefahr beobachtet hat.[42]) Sonach setzt dies Delikt ein Verschulden des Delinquenten nicht voraus; denn die Fehler bei Errichtung oder Unterhaltung des Gebäudes brauchen ja von niemandem verschuldet zu sein, können vielmehr auf einem unglücklichen Zusammentreffen von Umständen beruhen; und sind sie von jemandem verschuldet, so braucht nicht der augenblickliche Besitzer des Grundstücks der Schuldige zu sein; vielmehr kann die Schuld allein den Baumeister oder einen Vorbesitzer treffen. Nur negativ, als ein Einwand des Besitzers, kommt dessen persönliche Schuldlosigkeit in Betracht.

Bei diesem Einwand ist, obschon der Wortlaut des Gesetzes Zweifel läßt, auf alle subjektiven Umstände des Besitzers Rücksicht zu nehmen, z. B. darauf, daß er das Grundstück eben erst geerbt hat und noch nicht zu besichtigen in der Lage war. Unzurechnungsfähige Besitzer haften nur gemäß BGB. 829.

Die ganze Regel ist neu. Nach französischem und sächsischem Rechte ist nämlich der Eigentümer eines schlecht gebauten oder unterhaltenen Gebäudes für diesen Einsturz ohne jede Rücksicht auf sein persönliches Verschulden haftbar (nach sächs. Recht freilich nur dem Nachbarn).[43]) Nach preuß. Recht haftet er umgekehrt nur, wenn ihm erweislich ein Verschulden zur Last fällt.[44]) Nach römischem Rechte endlich ist er grundsätzlich bloß dann haftbar, wenn er die Haftung zuvor vertragsmäßig übernommen hatte; doch konnte er zu dieser Übernahme u. U. gezwungen werden (cautio damni infecti).[45])

2. a) Wenn es sich um ein Gebäude handelt, welches „jemand auf einem fremden Grundstücke in Ausübung eines Rechts besitzt", gilt als Delinquent nicht der Eigenbesitzer des Grundstücks, sondern der Besitzer des Gebäudes.[46]) Diese Regel erinnert an BGB. 95 (s. oben S. 125 c); sie setzt aber nicht voraus, daß dem Gebäudebesitzer das von ihm ausgeübte Recht wirklich zusteht[47]), während BGB. 95 diese Voraussetzung allerdings macht.

b) Neben dem Besitzer haftet (sowohl im Falle 1, wie im Falle 2 a), wer für ihn die Unterhaltung des Gebäudes übernommen oder wer das Gebäude kraft eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten hat, also z. B. der Vizewirt, der Sequester, der Pächter, der Nießbraucher.[48])

c) Delinquent ist der Besitzer zur Zeit des Unfalls. Neben ihm oder statt seiner haftet aber auch ein früherer Besitzer, sofern sein Besitz noch im letzten Jahre vor dem Unfall bestanden hat; er ist haftfrei, wenn er während seiner Besitzzeit erweislich die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn ein späterer Besitzer durch die Beobachtung dieser Sorgfalt die

---

41) Siehe EG. 77. 42) BGB. 836.
43) c. c. 1386, sächs. b. GB. 351.
44) Pr. LR. I, 6 § 10, 8 § 38.
45) Windscheid § 458. 46) BGB. 836 Abs. 3, 837.
47) Abw. Endemann § 202[15]. 48) BGB. 838.

Gefahr hätte abwenden können. Diese Regel gilt entsprechend auch für frühere Vizewirte, Pächter u. s. w.[49])

3. a) Die vorstehenden Bestimmungen gelten gleichmäßig auch dann, wenn der Unfall nicht durch den Einsturz eines Gebäudes, sondern durch die Ablösung von Gebäudeteilen, z. B. durch herunterfallende Dachziegel verursacht ist. Den Gebäuden stehen Werke, die mit einem Grundstücke verbunden sind, gleich, z. B. Mauern, Gräben, künstliche Böschungen, neugepflanzte Bäume.

b) Im römischen Recht[50]) war der Eigentümer eines Gebäudes für allen Schaden, der durch Sachen, die aus dem Gebäude herausgeworfen oder herausgegossen wurden, angerichtet ward, ohne Rücksicht auf sein persönliches Verschulden haftbar. Diese Regel ist in den neueren Gesetzbüchern[51]) abgeschwächt[52]) und vom bürgerlichen Gesetzbuch ganz gestrichen.[53])

XI. Hierzu kommen noch eine Reihe einzelner durch besondere Reichsgesetze geregelter Delikte, z. B. das Delikt des Mißbrauchs fremder Warenzeichen, des unlauteren Wettbewerbes, des Nachdrucks, der Patentverletzung.[54])

XII. 1. Den Landesgesetzen überlassen sind die Zuwiderhandlungen „gegen ein zum Schutz von Grundstücken erlassenes Strafgesetz"[55]), also z. B. Feldbiebstahl, Weidefrevel; bemerkenswert sind die in diesen Landesgesetzen vorkommenden Privatstrafen.[56])

2. Landesgesetzlicher Regelung zugewiesen[57]) ist ferner Zusammenrottung, Auflauf, Aufruhr. Übrigens brauchen diese Handlungen in den Landesgesetzen nicht nach Deliktsrecht behandelt zu werden. Vielmehr ist es zulässig, daß der durch sie verursachte Schaden einem Unschuldigen (mit Vorbehalt des Rückgriffs auf den Schuldigen) auferlegt wird. In Preußen ist z. B. die Gemeinde, auf deren Gebiet die Unruhe stattfindet, ohne Rücksicht auf ein Verschulden ihrer Beamten oder Einwohner haftpflichtig.[58])

Zusatz zu § 163 ff. Auf die unerlaubten Handlungen kommt das Recht des Orts zur Anwendung, an dem die Handlung begangen ist. — Doch können, wenn die Handlung im Auslande begangen ist, gegen einen Thäter deutscher Staatszugehörigkeit nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind.[59]) Eine analoge Anwendung dieser Regel auf Handlungen, welche Ausländer im Gebiete des deutschen Reichs begehen, ist nicht zulässig.

XXII. Nicht deliktische Schadensersatzpflicht kraft Gesetzes.

§ 166.

Die Schadensersatzpflicht ist keine Eigentümlichkeit der Delikte. Sie kommt vielmehr, wie wir gesehen haben, auch als eine besondere Art rechtsgeschäft-

---

49) BGB. 836 Abs. 2. 50) Windscheid § 457, 1.
51) Ausgenommen vom bad. Landrecht 1384 a.
52) Pr. L.R. I 6 § 68, sächs. b. GB. 1554. 53) Ebenso von c. c.
54) RGes. v. 12. 5. 94; v. 27. 5. 96; v. 11. 6. 70; v. 7. 4. 91.
55) EG. 107. 56) Siehe oben S. 323[5].
57) EG. 108. 58) Preuß. Ges. v. 11. 3. 50.
59) EG. 12.

licher Verpflichtung vor. Außerdem giebt es zahlreiche Verpflichtungen zum Schadensersatz, die weder auf Delikt noch auf Rechtsgeschäft beruhen. Sie können hier nicht erschöpfend aufgezählt werden, sondern sind zerstreut durch das ganze Rechtssystem an geeigneter Stelle, z. B. im Nachbarrecht, beim Verlöbnis, im Gewerberecht, im Bergrecht zu erwähnen. Hier ist die Darstellung auf zwei dieser Verpflichtungen zu beschränken.

I. Tötung, Körperverletzung und Sachbeschädigung durch Tiere.

1. a) Wenn ein Tier einen Menschen tötet oder den Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, ist für den Schaden haftbar, wer das Tier „hält", ohne Rücksicht darauf, ob es sich um ein wildes oder ein zahmes, um ein nutzloses oder nützliches Tier handelt, ohne Rücksicht darauf, ob das Tier gut gehütet ist oder nicht, ohne Rücksicht endlich darauf, ob der von dem Tiere angerichtete Schaden vorausgesehen werden konnte.[2])

Ein Tier „halten" heißt: es als Selbstinteressent in seinen mittelbaren oder unmittelbaren Besitz übernehmen; bei einem mit Inventar verpachteten Gut „hält" also das Vieh nicht der Verpächter, sondern der Pächter, bei einem administrierten Gute „hält" das Vieh nicht der Administrator, sondern dessen Dienstherr.

b) Die Regel zu a ist altdeutsch und mit einigen nicht zweifelfreien Einschränkungen — das Tier muß den Schaden „contra naturam" angerichtet haben — auch römisch; nur war sie sowohl im altdeutschen wie im römischen Rechte dadurch gemildert, daß der Haftpflichtige frei ward, sobald er das Tier dem Geschädigten preisgab.[3]) In dieser abgeschwächten Form ist die Regel vom gemeinen Rechte, sowie vom badischen und sächsischen Gesetzbuch beibehalten.[4]) Nach dem Vorgange des französischen Rechts[5]) hat dagegen das bürgerliche Gesetzbuch dem Haftpflichtigen das Preisgebungsrecht genommen.

Das preußische Recht kennt die Regel zu a nur bei schädlichen Tieren. Bei zahmen Tieren gelten die gewöhnlichen Deliktsgrundsätze: der Besitzer haftet nur, wenn ihm persönlich ein Verschulden zur Last fällt.[6])

c) Die Haftung des Besitzers eines Tieres für den von dem Tiere angerichteten Schaden unterliegt den gleichen Regeln wie die Haftung dessen, der eine unerlaubte Handlung begangen hat. So setzt sie z. B. regelmäßig Zurechnungsfähigkeit des Besitzers voraus[7]), sie geht, wenn das Tier einen Menschen verletzt hat, nicht bloß auf Ersatz des Vermögensnachteils, sondern auch auf eine Vergütung für die von dem Verletzten erduldeten Schmerzen,

---

1) Stobbe 3 § 202; v. Amira in den Mitteil. d. Instit.'s f. österr. Geschichtsforsch. 12 S. 545, Eisele, Jahrb. f. Dogm. 24 S. 480; Brunner, d. Rechtsgesch. 2 § 126; Hoffmann, Haftung für Schadenszufügung durch Tiere (96).

2) BGB. 833. 3) Eisele a. a. O., Stobbe 3 § 202.

4) Bad. Landr. 1385 a, sächs. GB. 1561. 5) c. c. 1385.

6) Pr. LR. I, 6 §§ 72, 73.

7) Nach Maßgabe von BGB. 827—829.

sie unterliegt einer dreijährigen Verjährung u. s. w. Alle diese Vorschriften kommen dadurch zum Ausdruck, daß die Haftung des Tierbesitzers in dem den unerlaubten Handlungen gewidmeten Abschnitt des bürgerlichen Gesetzbuchs festgesetzt ist. Selbstverständlich soll aber damit nicht gesagt sein, daß die von dem Tiere verursachte Tötung, Körperverletzung u. s. w. wirklich ein Delikt des Tierbesitzers darstelle; hätte doch andernfalls das Gesetz irgendwie auf die persönliche Schuldlosigkeit des angeblichen Delinquenten Rücksicht nehmen müssen. In Wahrheit beruht die Haftung des Tierbesitzers auf dem Gedanken, daß, wer ein Gut besitzt, nicht bloß ein Recht auf die dem Gute eigentümlichen Vorteile haben soll, sondern auch für die dem Gute eigentümlichen Gefahren aufkommen muß: man darf nicht den Nutzen einer Sache begehren, wenn man nicht zugleich bereit ist, die Lasten der Sache zu tragen.

d) Haftbar ist, wer das Tier zur Zeit des Unfalls „gehalten" hat. Veräußert er das Tier, so geht die Haftpflicht, abweichend von der römischen Regel: noxa caput sequitur, auf den Erwerber nicht über.

e) Die Haftung des Tierbesitzers fällt fort, wenn der Verletzte den ihm erwachsenen Schaden schuldhaft[8]) mit verursacht hat, indem er z. B. das Tier reizte.

2. Neben dem Herrn des Tieres haftet auch der von dem Herrn bestellte Aufseher. Doch wird er frei, wenn er beweist, daß er die Aufsicht über das Tier mit der erforderlichen Sorgfalt geführt hat oder daß der Schaden auch bei sorgfältiger Aufsichtsführung entstanden wäre. Seine Haftung ist also, anders[9]) als die des Herrn, von seinem persönlichen Verschulden wenigstens negativ abhängig.[10])

3. Über den Wildschaden wird erst im Jagdrecht zu sprechen sein.[11])

II. Wer eine Enteignung[12]) erwirkt, ist (regelmäßig) verpflichtet, dem Enteigneten Schadensersatz zu gewähren. Maßgebend sind fast ausschließlich die Landesgesetze.[13]) Im folgenden beschränken wir uns auf die Darstellung der Regeln des preußischen Rechts.[14])

Von Reichsgesetzen kommt namentlich in Betracht RGes. v. 21. 12. 71 betr. die Beschränkungen des Grundeigentums in der Nähe von Festungen, ferner in Bezug auf den Notweg BGB. 917, 918 und in Bezug auf die Rechte der Hypothekengläubiger, Nießbraucher u. s. w. an der Entschädigungssumme EG. 52—54, 109, RGes. v. 23. 6. 80 betr. die Abwehr von Viehseuchen, v. 3. 7. 83 betr. die Abwehr der Reblauskrankheit u. s. w.

Von preußischen Gesetzen berücksichtigen wir im folgenden nur das wichtigste, nämlich das Ges. v. 11. 6. 74 betr. die Enteignung von Grundeigentum.[15]) Doch sei ausdrücklich hervor-

---

8) Siehe oben S. 318 Abs. 3.

9) Abw. Endemann § 202[10]: der Tierhalter, der einen Aufseher bestellt hat, hafte Dritten nur für culpa in eligendo.

10) BGB. 834. 11) Siehe BGB. 835, EG. 69—72.

12) Siehe oben S. 269. 13) EG. 109.

14) Kommentare zum preuß. Ges. v. 1874 Bähr und Langerhans, 2. Aufl. (78), Eger (77); Bohlmann, Praxis in Expropriationssachen (80); Behring, preuß. Enteignungsrecht (83).

15) Im folgenden zitiert „Pr. Ges."

gehoben, daß es außerdem noch andere preußische Enteignungsgesetze giebt, z. B. über bäuerliche Ablösungen, über Enteignung im Interesse des Bergbaus, über Baufluchtlinien in den Städten.

1. Zur Entschädigung verpflichtet ist der mit dem Enteignungsrecht ausgestattete Unternehmer, mag der Vorteil des Unternehmens auch nicht ihm, sondern anderen Personen zufallen.[16])

2. Entschädigungsberechtigt ist, wer von der Enteignung unmittelbar betroffen ist. Hierher gehört nicht bloß der Eigentümer der enteigneten Sache, sondern außerdem jeder Dritte, der an der Sache ein dingliches Recht hat, also Pfandgläubiger, Nießbraucher, Pächter, Mieter u. s. w.[17]), nicht aber, wem nur ein obligatorisches Recht auf die Sache zustand, z. B. der Käufer vor der Übereignung, ebensowenig der Besitzer.

Meistens werden die dinglich berechtigten Dritten dadurch abgefunden, daß ihre Ansprüche von der enteigneten Sache auf die dem Eigentümer gebührende Entschädigungssumme einfach übertragen werden: der Pfandgläubiger, Nießbraucher u. s. w. hat also zwar sein Pfandrecht, Nießbrauchsrecht u. s. w. an der enteigneten Sache selbst verloren, hat aber dafür ein gleiches Recht an der vom Unternehmer dem Eigentümer geschuldeten Entschädigungssumme gewonnen; demgemäß darf der Unternehmer beim Vorhandensein derartiger Ansprüche die Entschädigungssumme nicht an den Eigentümer auszahlen, sondern muß das Geld hinterlegen.[18]) Anders natürlich, wenn ein Dritter ein selbständiges dem Eigentümer fremdes Interesse an der Sache hat: er hat z. B. ein Grundstück, welches wegen seiner Lage vom Eigentümer bloß landwirtschaftlich benutzt werden kann, als Lagerstätte für seine auf dem Nachbargrundstück gelegene Fabrik gepachtet, vermag es also weit besser auszunutzen, darf es also auch höher bewerten als der Eigentümer; in solchen Fällen ist außer der Eigentümerentschädigung noch eine besondere Entschädigungssumme für den Dritten zu berechnen und unmittelbar an ihn auszuzahlen.[19])

3. a) Der Schadensersatz ist in Geld zu leisten. — Die Geldzahlung ist regelmäßig Kapitalzahlung. Nur wenn die Rechte des Enteigneten nicht dauernd aufgehoben, sondern bloß zeitweise beschränkt werden und der dadurch entstehende Schaden nicht im voraus sicher abgeschätzt werden kann, ist die Entschädigung durch eine halbjährig im voraus zahlbare, jedesmal von neuem festzustellende Rente zu gewähren.[20])

b) Der Schadensersatz soll nicht bloß den gewöhnlichen Verkaufswert der enteigneten Sache, sondern das volle Interesse des Enteigneten umfassen.[21]) Daraus folgt, daß, wenn nur ein Teil des Grundbesitzes desselben Eigentümers enteignet wird, zugleich für den Mehrwert, den der abzutretende Teil durch seinen örtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Ganzen hat, sowie für die Wertminderung, welche für den übrigen Grundbesitz durch die Abtretung entsteht, Ersatz gewährt werden muß.[22]) Ja wenn der von der Enteignung ausgeschlossene Rest des Grundbesitzes infolge der Zerstückelung nach seiner bisherigen Bestimmung (z. B. als Baugelände) nicht mehr zweckmäßig

---

16) Pr. Ges. 7. 17) Pr. Ges. 11. 18) Pr. Ges. 37.
19) Pr. Ges. 25, 36 Abs. 1. 20) Pr. Ges. 12.
21) Pr. Ges. 1 („vollständige Entschädigung"), 8 („voller Wert"). Vgl. Bähr, Urteile des Reichsgerichts (83) S. 192. 22) Pr. Ges. 8 Abs. 2.

benutzt werden kann, muß der Unternehmer auf Verlangen des Eigentümers auch diesen Rest mit übernehmen.[23])

c) Bei Feststellung der Schadensersatzsumme ist auf die besondere Art Rücksicht zu nehmen, in der gerade der Enteignete die ihm jetzt entzogene Sache benutzt hat. Denn andernfalls würde er nicht voll entschädigt werden. Liegt doch auf der Hand, daß z. B. ein Grundstück einen sehr verschiedenen Ertrag gewährt und also auch für den Besitzer sehr verschieden wert ist, je nachdem darauf gewöhnliche Landwirtschaft oder intensiver Gemüsebau getrieben wird, je nachdem darauf ein Wohn- oder ein Geschäftshaus steht. Doch darf diese Rücksichtnahme niemals zum Nachteil des Enteigneten geübt werden: es geht nicht an, um deswillen, weil die enteignete Sache in der Hand des letzten Besitzers wegen unrichtiger Benutzung einen geringen Ertrag gebracht hat, die Schadensersatzsumme unter den Betrag des gewöhnlichen Verkaufswerts der Sache herabzusetzen. Und auch zum Vorteile des Enteigneten ist die Berücksichtigung der von ihm geübten Benutzungsart keine unbeschränkte: vielmehr darf sie höchstens zur Erstattung der Unkosten führen, die mit der Anschaffung und Einrichtung eines anderen eine gleichartige Benutzung gestattenden Grundstücks verbunden sein würden.[24])

Beispiele. A. hat sein Haus, welches als Wohnhaus 100000 Mk. wert sein würde, vor der Enteignung als Wirtshaus eingerichtet. I. Die Wirtschaft wirft nur 1000 Mk. Reinertrag jährlich ab; Schadensersatz trotzdem 100000 Mk. II. Die Wirtschaft wirft dauernd 10000 Mk. Reinertrag ab; an einen anderen Ort kann sie nicht verlegt werden; denn hier ist überall erdrückende Konkurrenz; Schadensersatz mindestens 200000 Mk.

d) Sehr häufig wird durch das Unternehmen, wegen dessen die Enteignung erfolgt, der Wert des enteigneten Grundstücks und des dem Eigentümer verbleibenden Restbesitzes erhöht, oder er würde erhöht werden, wenn nicht eben die Enteignung erfolgt. Hierauf wird bei der Bemessung des Schadensersatzes keine Rücksicht genommen: weder wird zum Vorteil des Enteigneten die Werterhöhung des enteigneten Stücks der Schadensersatzsumme zugeschrieben[25]), noch zu seinem Nachteil die Werterhöhung des Restbesitzes von der Ersatzsumme abgeschrieben.[26]) Wenn z. B. durch die Anlage eines schiffbaren Kanals der Preis eines 5 Hektar großen Grundstücks von 3000 auf 3600 Mk. für den Hektar erhöht wird, so erhält der Enteignete für die ihm durch die Enteignung fortgenommenen $^3/_4$ Hektar nicht etwa $^3/_4 \cdot 3600 = 2700$ Mk. oder $^3/_4 \cdot 3600 - 4\,^1/_4\,(3600 - 3000) = 150$ Mk., sondern $^3/_4 \cdot 3000 = 2250$ Mk.

e) Kein Ersatz wird für Neubauten, Anpflanzungen u. dgl. gewährt, die der Enteignete gerade im Hinblick auf die bevorstehende Enteignung nur in der Absicht vorgenommen hat, eine erhöhte Entschädigung zu erzielen.[27])

f) Maßgebender Zeitpunkt für die Abschätzung des dem Enteigneten gebührenden Schadensersatzes ist nicht der Augenblick, in dem die Enteignung zum Abschluß kommt[28]), sondern der Augenblick, in dem die Enteignung für beide Teile bindend festgesetzt wird. Dies ist der Fall, sobald der Bezirksausschuß die Höhe der Entschädigung festgestellt hat.[29]) Allerdings kann diese

23) Pr. Ges. 9. 24) Pr. Ges. 10 Abs. 1.
25) Pr. Ges. 10 Abs. 2. 26) Im Gesetze nicht ausdrücklich bestimmt.
27) Pr. Ges. 13. 28) Abw. Dernb. Pr. Pr. 1 § 34[37].
29) Pr. Ges. 42 Abs. 1.

Feststellung im Rechtswege abgeändert worden. Die Abänderung macht aber die Enteignung als solche nicht rückgängig; sie darf also auf eine Erhöhung oder Minderung des Wertes der enteigneten Sache, die erst nach der Feststellung des Bezirksausschusses eintritt, keine Rücksicht nehmen.[30])

g) Die Entschädigungssumme muß gezahlt oder hinterlegt werden, ehe die Enteignung endgültig ausgesprochen wird.[31])

4. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Zahlung des Schadensersatzes ist eine einseitige insoweit, als der Enteignete zu irgend welchen Gegenleistungen nicht verbunden ist: so groß die Rechte sind, welche der Unternehmer durch die Enteignung erwirbt, eine obligatorische Verpflichtung des Enteigneten steht ihnen nicht gegenüber. Insbesondere hat der Enteignete keine der Pflichten, die einem Verkäufer obliegen: er braucht z. B. bei der Übergabe der enteigneten Sache nicht mitzuwirken, für Mängel der Sache nicht einzustehen, über die Gerechtsame des Grundstücks keine Auskunft zu geben. Demgemäß wäre es verfehlt, die Enteignung, wie dies früher vielfach geschah[32]), als Zwangskauf aufzufassen; sie hat mit einem Kaufe nichts zu thun.

XXIII. Ungerechtfertigte Bereicherung.[1])

1. Thatbestand.

§ 167.

Der Thatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung steht dem der unerlaubten Handlung nahe; denn er setzt wie dieser voraus, daß jemand zu Unrecht einen Schaden erlitten hat. Er ist aber viel enger: denn er bezieht sich nur auf Nachteile, die das Vermögen, nicht auch auf solche, die die Person des Geschädigten treffen; auch muß den Vermögensnachteilen auf seiten des Geschädigten ein Vermögensvorteil auf seiten eines anderen, des „Bereicherten", gegenüberstehen; unter den unerlaubten Handlungen steht also der ungerechtfertigten Bereicherung am nächsten der Diebstahl, am fernsten die Delikte gegen die Person und die Sachbeschädigung. Andererseits ist der Thatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung auch weiter als der des Delikts; er setzt z. B. nicht notwendig eine Handlung oder Unterlassung, geschweige denn ein Verschulden

30) RG. 27 S. 264. 31) Pr. Ges. 32.

32) Siehe z. B. Gerber in Gerber-Cosack § 87¹. Dagegen namentl. Laband, Arch. f. ziv. Pr. 52 S. 151.

1) Windscheid, L. v. d. Voraussetzung (50); Erxleben, condictiones sine causa (50, 53); Witte, Bereicherungsklagen (59); Voigt, conditiones ob causam (62); Pernice, Labeo 3 S. 202, v. Thur, actio de in rem verso (95).

des Bereicherten voraus. So kommt es, daß die Unrechtmäßigkeit der ungerechtfertigten Bereicherung vom Gesetze nicht so scharf betont wird, wie die des Delikts: das Delikt ist geradezu verboten, der ungerechtfertigten Bereicherung wird dagegen nur negativ die Billigung des Gesetzes versagt; jenes ist „rechtswidrig", diese ist „rechtlos". — Ein charakteristisches Beispiel ist eine Schenkung, die jemand einem Geisteskranken ohne Zustimmung des Vormundes macht: die Schenkung ist, wenigstens wenn sie dem Kranken nützlich ist, sicher kein Delikt; sie bringt aber, da sie zu ihrer Gültigkeit der Annahme seitens des Beschenkten bedarf und der Kranke die Annahme nicht zu erklären vermag, eine ungerechtfertigte Bereicherung des Beschenkten mit sich.

I. 1. Die ungerechtfertigte Bereicherung muß das Vermögen der einen Partei benachteiligen, das Vermögen der anderen Partei vermehren: der „Bereicherte" muß also „auf Kosten" des Geschädigten einen Erwerb gemacht haben.[2]) Ob der Erwerb unmittelbar oder nur mittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten stammt, ist gleichgültig.

Beispiel. A. trägt dem B. auf, in eigenem Namen ein Wertpapier für etwa 1000 Mk. anzuschaffen und anonym dem C. durch die Post zuzusenden. Seine Absicht war, dem D. mit jenem Papiere ein Geschenk zu machen, ohne als Geber bekannt zu werden; nur aus Versehen hat er als Empfänger des Papiers statt des D. den C. genannt. Wenn C. das Papier nun wirklich bekommt, ist er zweifellos ungerechtfertigt aus dem Vermögen eines anderen bereichert. Und zwar geht seine Bereicherung nicht auf B.'s Kosten; denn B. hat von der Sendung keinen Nachteil, da A. ihm den Wert des Papiers erstatten muß. Sie geht auch nicht auf D.'s Kosten; denn D. hat durch die bloße Schenkungsabsicht A.'s noch nichts gewonnen, also durch seine Verwechselung mit C. auch nichts verloren. Vielmehr geht C.'s Bereicherung auf A.'s Kosten.

2) Die Verminderung des Vermögens des Geschädigten kann in dem Verluste von Rechten, in der Belastung mit Pflichten u. s. w. bestehen. Auch eine unentgeltliche Arbeitsleistung des Geschädigten kann, falls der Geschädigte für sie bezahlt zu werden pflegt oder ihretwegen anderen Verdienst eingebüßt hat, hierher gehören; das Gleiche gilt, wenn der Geschädigte irgend einen Erwerb unterläßt, auf den er ein Recht hatte, z. B. den Erwerb einer ihm angefallenen Erbschaft; die für die Schenkungen geltende entgegengesetzte Regel (oben S. 480 d) ist hier nicht anwendbar. — Als Verlust eines Rechts gilt auch der Verlust des Besitzes einer Sache, selbst wenn der Geschädigte an der Sache kein anderes Recht als das des Besitzes gehabt hat, ferner der Verlust einer gegen den Bereicherten oder gegen einen Dritten gerichteten Forderung u. s. w.

3. So mannigfach wie der Verlust des Geschädigten kann auch der Erwerb des Bereicherten sein. Namentlich genügt es, wenn dem Bereicherten Ausgaben erspart bleiben.

II. Der Erwerb des Bereicherten muß „ohne einen Rechtsgrund" erfolgt sein. Wann dies der Fall ist, wird nicht durch eine einheitliche Formel bestimmt, sowenig wie der Thatbestand des Delikts einheitlich formuliert ist. Wir müssen deshalb verschiedene Gruppen ungerechtfertigter Bereicherung unterscheiden.

1. Die erste und wichtigste Gruppe ungerechtfertigter Bereicherung hat folgenden Thatbestand: jemand empfängt eine Leistung, welche kraft rechts-

---

2) BGB. 812.

geschäftlicher Bestimmung einen gewissen Erfolg herbeiführen soll, aber diesen Erfolg verfehlt und damit ihre rechtliche Bedeutung, ihren rechtlichen Sinn verliert. Nur dann soll die Leistung und die ihr entspringende Bereicherung des Empfängers trotz der Verfehlung ihres Erfolges gerechtfertigt bleiben, wenn der Leistende selber den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert oder wenn er von vornherein gewußt hat, daß der Eintritt des Erfolges unmöglich sei.[3])

a) Für die vorstehende Regel genügt es nicht, daß eine Leistung einem bestimmten „Zwecke" dienen soll und diesen Zweck verfehlt. Denn niemand, der etwas leistet, darf darauf rechnen, daß er alle Zwecke seiner Leistung wirklich erreicht. Die Leistung muß vielmehr auf einen „Erfolg" abgestellt werden. Und daß dies der Fall ist, muß in einer Weise, die auch für den Empfänger maßgebend ist, rechtsgeschäftlich festgestellt sein. Das will besagen: der Empfänger muß nach der Lage des Falles gehalten sein, nicht gerade positiv zur Erreichung des von dem Leistenden erstrebten Erfolges beizutragen, aber doch negativ bei Nichterreichung des Erfolges die Leistung als ungerechtfertigt anzuerkennen. Diese Voraussetzungen werden namentlich in folgenden Fällen erfüllt sein: I. jemand empfängt eine Leistung, welche ein Rechtsgeschäft zum Abschluß bringen soll; das Rechtsgeschäft kommt aber, etwa wegen Minderjährigkeit des Gebers, nicht zustande; II. jemand empfängt eine Leistung zwecks Erfüllung eines ihm angeblich zustehenden Anspruchs (Leistung „auf Schuld"); der Anspruch steht ihm aber in Wirklichkeit nicht zu; III. jemand empfängt eine Leistung mit der Vorschrift, das Empfangene in bestimmter Weise zu verwenden, unterläßt aber die Verwendung.

Dagegen sind die Voraussetzungen der Regel a nicht erfüllt in folgenden Fällen. I. M. bekommt von N. einige Flaschen Wein ausdrücklich „zur Kräftigung seiner Gesundheit" geschenkt, wird aber durch den Wein durchaus nicht gekräftigt, sondern eher geschwächt; dennoch ist er nicht ungerechtfertigt bereichert; denn daß N. seine Schenkung nur gelten lassen wollte, wenn sie „erfolgreich" war, läßt sich nicht annehmen. II. S. verkauft die ihm von T. geschenkte goldene Uhr einen Tag nach der Schenkung. Dieser Verkauf widerstrebt dem „Erfolge" der Schenkung, auf den T. bestimmt gerechnet hatte, daß die Uhr dem S. als Erinnerung an ihn dienen solle. Indes hat T. versäumt, seine Schenkung rechtsgeschäftlich auf diesen Erfolg abzustellen.

b) Zu a ist gesagt, daß eine Leistung, welche zwecks Erfüllung eines dem Empfänger zustehenden Anspruchs gemacht wird, ungerechtfertigt ist, wenn der Empfänger die Leistung in Wirklichkeit nicht zu beanspruchen hat. Dieser Satz bedarf mehrfacher Einschränkung. I. Er versagt, wenn die Leistung zwar vom Empfänger nicht kraft einer Rechtsregel beansprucht werden kann, wohl aber einer sittlichen oder einer Anstandspflicht des angeblichen Schuldners entspricht.[4]) In der That wäre es verkehrt, eine derartige Leistung um deswillen, weil der

---

3) BGB. 812, 815.

4) BGB. 814. Übereinstimmend für die sog. Naturalobligationen das bisherige Recht, Dernb. 2 § 141⁹; Pr. LR. I, 16 § 179; c. c. 1235. Abw. sächs. b. GB. 1519.

Empfänger sie nicht im Prozeßwege erzwingen konnte, nun, da sie thatsächlich ohne Prozeß, aus freien Stücken vollzogen ist, als „ungerechtfertigt“ zu erachten. II. Jener Satz versagt ferner, wenn dem Empfänger ein Anspruch auf die Leistung zustand, aber erst für einen späteren Zeitpunkt, sei es nun, daß sein Recht auf die Leistung befristet war, sei es, daß der Schuldner kraft einer Einrede (z. B. der Einrede der fehlenden Gegenleistung, der Vorausklage) die Leistung hinauszuschieben befugt war.[5]) Der Empfänger kann freilich einen sehr ansehnlichen Gewinn machen, wenn in diesen Fällen der Schuldner vor Ablauf der Frist oder ohne Rücksicht auf sein Einrederecht, also verfrüht leistet. Das Gesetz lehnt es aber ausdrücklich ab, die verfrühte Leistung für ungerechtfertigt zu erklären. — Anders liegt der Fall, wenn der Schuldner die Leistung kraft einer Einrede dauernd verweigern kann: der Erbe hat z. B. gegenüber dem Anspruch der Vermächtnisnehmer die Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses; die Leistung wird hier gerade so behandelt, als ob sie dem Gläubiger überhaupt nicht geschuldet wäre.[6]) Nur eine einzige dauernd wirksame Einrede, und zwar gerade die wichtigste von allen, die der Verjährung, macht eine Ausnahme:[7]) wie schon früher bemerkt, gilt die Erfüllung eines verjährten Anspruchs keineswegs als ungerechtfertigt.[8]) III. Jener Satz versagt endlich — wie sich übrigens schon aus der allgemeinen Regel, die wir oben zu 1 formuliert haben, ergiebt — auch dann, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zu der Leistung nicht verpflichtet war: was er auch immer damit beabsichtigt hat, daß er einen Anspruch erfüllte, dessen Nichtvorhandensein ihm bekannt war, jedenfalls darf er nicht behaupten, daß seine in voller Kenntnis der Sachlage gemachte Leistung „ungerechtfertigt“ gewesen sei. Der Satz, daß die Erfüllung eines nicht bestehenden Anspruchs ungerechtfertigt sei, setzt also zwar nicht, wie im bisherigen Rechte, positiv einen Irrtum des Leistenden über das Dasein des Anspruchs voraus[9]), wird aber (negativ) für den Fall, daß der Leistende sich nicht geirrt hat, von einer Ausnahme durchbrochen[10]); diese Aenderung des Rechts ist namentlich für die Beweislast wichtig. Gleichgültig ist, ob der Leistende das Nichtvorhandensein des von ihm erfüllten Anspruchs bei einiger Aufmerksamkeit hätte erkennen können[11]): nur daß er das Nichtvorhandensein gewußt hat, nicht auch daß er es hätte wissen müssen, ist entscheidend. Deshalb wird auch zwischen einem Irrtum des Leistenden thatsächlicher Art und einem Rechtsirrtum kein Unterschied gemacht. IV. Über die

5) BGB. 813. Ebenso das bisherige Recht, Dernb. 2 § 141[11, 12]; sächs. b. GB. 1521; c. c. 1186. Anders Pr. LR. I, 16 § 169, wenn der Verfalltag der Leistung unbestimmt war.

6) BGB. 813.

7) Im gemeinen und preußischen Recht war diese Ausnahme bestritten, Dernb. Pr. Pr. 2 § 289[14].

8) Siehe oben S. 264, 2.

9) Dernb. 2 § 141[34], Eccius § 150[69].

10) BGB. 814.

11) Anders das gemeine Recht. Dernb. 2 § 141[17].

Erfüllung einer Spielschuld, eines formlosen Schenkungsversprechens und einige verwandte Fälle ist bereits an anderer Stelle gehandelt.[12])

Beispiel zu I. 1) A. legt seinem ehelichen Sohn B. zu gunsten seiner unehelichen Tochter C. ein Vermächtnis auf; B. zahlt als Erbe A.'s das Vermächtnis aus, obschon es wegen Formmangels ungültig war. 2) D. stürzt, ohne daß ihm ein Verschulden zur Last fällt, mit dem von E. erborgten Pferde und erstattet, da das Pferd durch den Sturz unbrauchbar geworden ist, dessen Wert an E.

Sind aufschiebend bedingte Verpflichtungen während des Schwebens der Bedingung wie befristete Verpflichtungen zu behandeln? Diese Frage ist (beim Schweigen des Gesetzes) zu verneinen[13]): ein Gläubiger, dessen aufschiebend bedingte Forderung vor Eintritt der Bedingung erfüllt wird, ist also ungerechtfertigt bereichert. Doch fällt dieser Mangel rückwirkend fort, wenn die Bedingung nachträglich eintritt.

c) Die Regeln zu b sind auch dann anwendbar, wenn die Leistung nicht von dem angeblichen Schuldner, sondern von einem Dritten ausgegangen ist. Doch ist die Anwendbarkeit nur eine analoge. So ist z. B. die Frage, ob eine sittliche oder eine Anstandspflicht vorliegt, nicht aus der Person des Dritten, sondern aus der des angeblichen Schuldners zu beurteilen. Dagegen kommt die Kenntnis von dem Nichtvorhandensein des zu erfüllenden Anspruchs nur dann in Betracht, wenn sie bei dem Dritten, nicht wenn sie bei dem angeblichen Schuldner vorlag.[14] Auf wessen Kosten die Bereicherung des angeblichen Gläubigers geht, ob auf Kosten des angeblichen Schuldners oder auf Kosten des Dritten, hängt davon ab, ob der angebliche Schuldner dem Dritten Ersatz für die irrige Leistung zu gewähren hat oder nicht. — Anders liegt der Fall, daß A. die wirklich vorhandene Forderung des B. wider C. bezahlt, in dem irrigen Glauben, er sei dem C. gegenüber dazu verpflichtet. Hier ist die Leistung gegenüber dem B. gerechtfertigt, dagegen gegenüber dem C. ungerechtfertigt.

d) Eine Leistung, welche den Abschluß eines Rechtsgeschäfts bezweckt, ist auch dann ungerechtfertigt, wenn das Rechtsgeschäft zwar zustande kommt, aber nachträglich durch Anfechtung, Rücktritt, Ausfall der aufschiebenden, Eintritt der auflösenden Bedingung hinfällig wird. Ebenso ist eine Leistung, welche die Erfüllung einer Forderung bezweckt, ungerechtfertigt, wenn die Forderung zwar zur Zeit der Leistung bestand, aber nachträglich ihre Geltung verliert[15]): ein Mieter hat z. B. den Zins für seine Wohnung im voraus für ein Jahr bezahlt, muß die Wohnung aber als ungesund schon nach einer Woche verlassen.[16])

2. a) Der Thatbestand der zweiten gleichfalls sehr wichtigen Gruppe ungerechtfertigter Bereicherung ist der folgende: jemand empfängt dadurch einen Vermögensvorteil, daß er über den Gegenstand einer fremden Berechtigung zu gunsten eines Dritten unbefugt, aber rechtswirksam verfügt.[17]) Es kommt nämlich nicht selten im Rechte, namentlich im Sachenrechte vor, daß jemand die Macht, nicht aber das Recht hat, über den Gegenstand einer fremden Berechtigung zu gunsten (redlicher) Dritter zu verfügen; insbesondere gehört hierher der Fall, das jemandem eine bewegliche Sache von dem Eigentümer zur Ver-

---

12) Siehe oben S. 560, 2; 483, 3 b; 539 [7]; 564, 2 a.

13) Ebenso Endemann § 198 [9].

14) Der Wortlaut vom BGB. 814 ist zweifelhaft.

15) Vgl. Schollmeyer S. 107.

16) Siehe BGB. 812 Abs. 1, 543 Abs. 2.

17) BGB. 816.

wahrung anvertraut wird, daß jemand im Grundbuch fälschlich als Eigentümer oder Hypothekengläubiger eingetragen ist u. s. w. Benutzt nun solch ein Unberechtigter seine Macht und gewinnt er dadurch einen Vermögensvorteil, so ist er ungerechtfertigt bereichert; und zwar geht seine Bereicherung auf Kosten des wirklich Berechtigten; denn dieser muß ja um der „Macht“ des Verfügenden willen dessen unrechtmäßige Verfügung gegen sich gelten lassen. Gleichgültig ist es, ob der Nichtberechtigte seine Verfügung im Bewußtsein seines Rechtsmangels getroffen hat oder ob er in gutem Glauben gewesen ist.

b) Eine bedeutsame Ergänzung der vorstehenden Regel bietet folgender Satz: ist über den Gegenstand einer fremden Berechtigung unbefugt, aber rechtswirksam zu gunsten eines Dritten verfügt, so ist, wenn die Verfügung unentgeltlich war, auch die Bereicherung des Dritten ungerechtfertigt.[18])

c) Die Regel zu a gilt analog auch dann, wenn jemand eine einem anderen gebührende Leistung empfängt und der andere diese Leistung gegen sich gelten lassen muß.[19])

Beispiele. I. A. ist durch ein Versehen des Grundbuchrichters als Eigentümer der Grundstücke m und n statt des wahren Eigentümers B. eingetragen. A. verkauft m für 8000 Mk. an C., und verschenkt n an D. Sowohl der Erwerb der 8000 Mk. durch A., als der Erwerb des Grundstücks n durch D. ist „ungerechtfertigt“. Dagegen ist der Erwerb des Grundstücks m durch C. (dessen guten Glauben vorausgesetzt) „gerechtfertigt“. II. M. hat einen von seinem Erblasser N. dem O. gestohlenen Zinsschein gutgläubig einkassiert; sein Erwerb ist dem O. gegenüber ungerechtfertigt.

3. Die dritte Gruppe ungerechtfertigter Bereicherung umfaßt die Fälle, daß jemand eine Leistung empfängt, „deren Zweck in der Art bestimmt ist, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat[20]),“ — es sei denn, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.

Beispiel. A. giebt dem Schutzmann B. für dessen eifrige Unterstützung bei der Ermittelung eines Diebes ein Geschenk, ohne zu wissen, daß B. dies Geschenk gemäß StrGB. 331 nicht annehmen darf.

4. Sonstige Fälle ungerechtfertigter Bereicherung sind: jemand hat auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils eine Geldsumme durch Zwangsvollstreckung beigetrieben, das Urteil wird in II. Instanz aufgehoben; jemand hat eine Sache gefunden und, da sie dem Verderben ausgesetzt war, verkauft; durch den Bruch eines Dammes geraten aus einem Karpfenteich die Fische in das tiefergelegene Bassin eines anderen u. s. w.

5. Ein besonderer Fall ungerechtfertigter Bereicherung war im gemeinen und preußischen Recht die sog. nützliche Verwendung (Fall der actio de in rem verso). Das BGB. hat ihn nicht übernommen.[21])

---

18) BGB. 816 Satz 2.

19) BGB. 816 Abs. 2.

20) BGB. 817.

21) Siehe hierüber Mot. 2 S. 871.

III. Der Bereicherungsvorgang kann, wie die Beispiele zu II zeigen, ein Rechtsgeschäft sein. Er wirkt aber zwischen dem Bereicherten und dem Geschädigten nicht rechtsgeschäftlich; vielmehr sind seine Wirkungen mehr oder minder unabhängig von den rechtlichen Absichten der Parteien. Deshalb ist Geschäftsfähigkeit auf seiten der Parteien nicht erforderlich. Ebensowenig ist vorausgesetzt, daß die Parteien zurechnungsfähig sind. So kann sich also der Thatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung zwischen zwei Kindern, z. B. durch ein „Darlehn", welches das eine dem anderen macht, vollziehen.

2. Rechtswirkung.

§ 168.

I. Die ungerechtfertigte Bereicherung erzeugt ein Forderungsrecht, gerade wie das Delikt, die sog. Kondiktion. Gläubiger ist der Geschädigte, Schuldner der Bereicherte. Gegenstand des Forderungsrechts ist nicht, wie beim Delikt, Schadensersatz, sondern Herausgabe des ungerechtfertigten Erwerbes.

Im Einzelfall, namentlich bei Schlechtgläubigkeit des Bereicherten, kann der Anspruch auf Herausgabe des ungerechtfertigten Erwerbes zu dem gleichen Ergebnis führen, wie ein Anspruch auf Schadensersatz. Doch bleiben grundsätzlich beide Ansprüche sehr verschieden. Insbesondere greift der Anspruch auf Schadensersatz auch gegen den Platz, der nichts erworben hat; nur so erklärt sich z. B. die Regel, daß beim Diebstahl der Dieb, der Gehülfe, der Anstifter, der Hehler als Gesamtschuldner haften.

1. Der Anspruch des Gläubigers geht regelmäßig auf Herausgabe des Gegenstandes, den der Schuldner ungerechtfertigt erworben hat, in Natur oder auf den Ersatz des Wertes dieses Gegenstandes, beides aber nicht über das Maß der Bereicherung des Schuldners hinaus. Im einzelnen gelten folgende Regeln.[1])

a) Außer dem rechtlos erworbenen Gegenstande selber muß der Schuldner noch die Nutzungen, die er von diesem Gegenstande gezogen hat, sowie den Ersatz, der ihm für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des Gegenstandes zu teil wird, herausgeben. Ist der Gegenstand ein Recht, so muß er auch herausgeben, was er auf Grund dieses Rechtes erlangt hat.[2])

b) Die Herausgabe geschieht in Natur. Nur insoweit, als der Schuldner zur Herausgabe nicht imstande ist, hat er den Wert des Gegenstandes in Geld zu ersetzen.[3]) Dies gilt auch dann, wenn sein Unvermögen auf einem Umstande beruht, den er nicht zu vertreten hat, z. B. auf höherer Gewalt.

c) Die äußerste Grenze für die Haftung des Schuldners giebt dessen Bereicherung ab, woraus sich von selbst ergiebt, daß ihm alle Verwendungen, die er auf den Gegenstand gemacht hat, zu vergüten sind, mögen sie auch für den

1) BGB. 812, 818.
2) BGB. 818 Abs. 1.
3) BGB. 818 Abs. 2.

Gläubiger ohne allen Wert sein. Doch hat der Schuldner selber, im Wege des Einwandes, dafür zu sorgen, daß diese Grenze nicht überschritten wird. — Die Grenze für die Haftung des Schuldners bildet seine „jeweilige" Bereicherung. Er wird also auch dann haftfrei, wenn er die anfänglich vorhandene Bereicherung nachträglich wieder einbüßt. So selbst dann, wenn er die Einbuße fahrlässig oder gar absichtlich herbeiführt, indem er z. B. den rechtlos erworbenen Gegenstand leichtsinnig verderben läßt, verschenkt, wegwirft.

d) Zinsen braucht der Schuldner nicht zu zahlen.

2. a) Die Haftung des Schuldners wird wesentlich gesteigert, wenn er schlechtgläubig ist, d. h. wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes seines Erwerbes kennt, und zwar, wenn er die Kenntnis schon zur Zeit des Erwerbes besaß, von Anfang an, wenn er die Kenntnis dagegen erst nachträglich erwarb, erst von diesem späteren Zeitpunkte ab. Er haftet nämlich alsdann nicht bloß für die Nutzungen, die er thatsächlich gezogen hat, sondern auch für solche, die zu ziehen er schuldhaft unterlassen hat.[4]) Er haftet ferner, wenn der herauszugebende Gegenstand durch sein Verschulden verschlechtert wird, untergeht oder nicht herausgegeben werden kann, nicht bloß auf Werterſatz bis zur Höhe seiner Bereicherung, sondern auf vollen Schadensersatz ohne jede Rücksicht auf seine Bereicherung.[5]) Sodann kann er seine Verwendungen nur dann von dem herauszugebenden oder zu erstattenden Betrage abziehen, wenn sie notwendig waren, und auch dies nur unter den Beschränkungen, die für den Erstattungsanspruch eines auftraglosen Geschäftsführers gelten.[6]) Geht endlich eine Verpflichtung auf eine Geldzahlung, so muß er die geschuldete Geldsumme mit 4% verzinsen.[7])

b) Die gleiche Steigerung der Haftung tritt ein, wenn der Schuldner durch die Annahme der ungerechtfertigten Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, und zwar vom Empfang der Leistung ab.[8])

c) Die gleiche Steigerung tritt auch dann ein, wenn mit der Leistung ein Erfolg bezweckt war, dessen Eintritt nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß bezeichnet wurde; der Empfänger soll hier eben von vornherein mit der Möglichkeit rechnen, daß der Erfolg nicht eintreten werde. Nur für die Herausgabe der Nutzungen und für die Zahlung von Zinsen verbleibt es bei der milden Haftung bis zu dem Zeitpunkte, in welchem er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten ist.[9])

Beispiel. A. fordert von B. eine Geldsumme, die, wie er glaubt, B. ihm schuldig ist; B. zahlt auch, erklärt aber dem A., daß er die Richtigkeit der Forderung bezweifele. Nachträglich stellt sich wirklich heraus, daß A.'s Forderung unbegründet ist.

---

4) BGB. 819, 292, 987 Abs. 2.
5) BGB. 819, 292, 989.
6) BGB. 819, 292, 994 Abs. 2; s. oben S. 554, 2; 555, 3.
7) BGB. 819, 291. 8) BGB. 819 Abs. 2.
9) BGB. 820.

d) Die Regel zu c gilt analog auch dann, wenn die Leistung aus irgend einem anderen Rechtsgrunde, dessen Wegfall nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde, erfolgt ist[10]), also z. B. in dem bereits oben zu 610, 4 erwähnten Falle, daß jemand eine Geldsumme auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils beitreibt.

3. Wird die Verpflichtung aus einer ungerechtfertigten Bereicherung rechtshängig oder kommt der Schuldner mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen in Verzug, so gelten die allgemeinen Regeln.[11])

4. a) Der Gläubiger muß beweisen, daß der Schuldner auf seine Kosten einen Erwerb gemacht hat und daß diesem Erwerbe der Rechtsgrund fehlt, z. B. daß der Erfolg, welchen seine Leistung bezweckte, nicht eingetreten ist.[12]) Gegebenenfalles muß er ferner beweisen, daß der Schuldner schlechtgläubig ist, daß er Nutzungen gezogen hat, wie hoch der Wert des ungerechtfertigt erworbenen Gegenstandes ist u. s. w. Dagegen trifft die Beweislast den Schuldner, wenn dieser behauptet, der Anspruch des Gläubigers übersteige seine Bereicherung.

b) Insbesondere bei der Rückforderung einer Leistung „auf Schuld" muß der Leistende nicht bloß die Leistung als solche, sondern auch das Nichtvorhandensein der Schuld, auf welche die Leistung erfolgt ist, beweisen. Ist es dagegen streitig, ob der Leistende das Vorhandensein der Schuld schon zur Zeit der Leistung gekannt habe, so trifft die Beweislast den Empfänger.

5. Im Konkurse des Schuldners zählt der Gläubiger zu den gewöhnlichen Konkursgläubigern; er hat also, selbst wenn der ungerechtfertigt erworbene Gegenstand noch in der Konkursmasse vorhanden ist, kein Aus- oder Absonderungsrecht. Anders nur, wenn der Rechtsgrund, auf den der Erwerb des Schuldners sich stützt, nicht bloß ungerechtfertigt, sondern nichtig, anfechtbar oder rechtsunwirksam ist.

6. Nicht selten hat der Gläubiger außer dem Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Schuldner noch einen anderen auf Herausgabe des gleichen Gegenstandes gerichteten Anspruch, z. B. den Eigentumsanspruch. Er hat alsdann die Wahl, ob er sich nur auf einen oder auf alle beide Ansprüche stützen will. Abzulehnen ist die Auffassung, als ob der Anspruch wegen u. B. ein subsidiärer sei und nur in Ermangelung anderer Ansprüche Platz greife.[13])

II. Ansprüche des Geschädigten gegen dritte Personen.

1. Die Ansprüche des Geschädigten gegen den Bereicherten sind Forderungsrechte, wirken also an und für sich gegen dritte Personen nicht. So selbst dann, wenn sie auf die Herausgabe eines individuell bestimmten Gegenstande gehen und der Bereicherte diesen Gegenstand an einen Dritten übertragen hat. Hier bleibt, wie wir gesehen haben, der Bereicherte, — regelmäßig in Höhe des ihm von dem Dritten gewährten Entgelts[14]) — dem Geschädigten haftbar. Der

---

10) BGB. 820.

11) Siehe BGB. 818 Abs. 4.

12) Abw. Endemann § 198 bei Anm. 17. Im bisherigen Recht war die Beweisfrage streitig, Windscheid § 429[1], Dernb. Pr. Pr. 2 § 291[11].

13) Abw. Endemann § 198[4].

14) Siehe oben S. 611 b.

Dritte ist dagegen haftfrei, mag er auch gewußt haben, daß sein Rechtsvorgänger den Gegenstand „ungerechtfertigt" besessen hat.

2. Eine im bisherigen Rechte noch nicht anerkannte Ausnahme gilt, wenn der Bereicherte den Gegenstand dem Dritten unentgeltlich zugewendet hat [15]). Hier ist der Dritte in gleicher Art haftbar, wie wenn er selber den Gegenstand von dem Geschädigten ohne Rechtsgrund erworben hätte.

a) Vorausgesetzt ist, daß es sich um einen individuell bestimmten Gegenstand handelt. Wenn also A. von B. ungerechtfertigterweise einen Schmuck erwirbt und seiner Braut schenkt, so ist die Braut dem B. haftbar; hat A. dagegen ungerechtfertigterweise eine Geldsumme erworben und dafür den der Braut geschenkten Schmuck angeschafft, so ist die Braut haftfrei.

b) Der Dritte muß den Gegenstand durch eine (rechtsgeschäftliche) Zuwendung des Bereicherten erworben haben. Doch möchten wir der Zuwendung auch einen nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb gleichstellen, der dem Bereicherten gegenüber ungerechtfertigt ist, oder gar auf einer unerlaubten Handlung des Dritten beruht. Denn es geht doch, um bei dem zu a genannten Beispiele zu bleiben, nicht an, daß die Braut dem B. haftbar sein soll, wenn sie den Schmuck von ihrem Bräutigam geschenkt bekommen hat, daß sie ihm dagegen nicht haftet, wenn sie den Schmuck dem Bräutigam gestohlen hat.

c) Der Dritte haftet für den Gegenstand nur insoweit, als der ursprünglich Bereicherte dank seiner Zuwendung von der Verpflichtung zur Herausgabe der Bereicherung befreit ist. Bleibt der ursprünglich Bereicherte dagegen trotz seiner Zuwendung verpflichtet, so ist der Dritte haftfrei. Die Folge ist, daß der Dritte besser fortkommt, wenn sein Rechtsvorgänger schlechtgläubig, als wenn er gutgläubig war.[16])

d) Verwandt ist die oben S. 610b genannte Regel. Doch sieht sie den unentgeltlichen Erwerber als den ursprünglich Bereicherten an, während hier der unentgeltliche Erwerber bloß als Nachfolger des ursprünglich Bereicherten erscheint.

III. Die ungerechtfertigte Bereicherung kann auch darin bestehen, daß der Geschädigte dem Bereicherten ein reines Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis abgiebt [17]). Alsdann kann der Geschädigte die „Herausgabe" der durch das Versprechen oder das Anerkenntnis begründeten Verbindlichkeit fordern.

a) Diese „Herausgabe" besteht darin, daß der Bereicherte dem Geschädigten die Verbindlichkeit erläßt, die darüber ausgestellten Schuldurkunden zurückgiebt und alles, was zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet ist, erstattet.

b) Fällt dem Geschädigten bei der Abgabe des Schuldversprechens oder Anerkenntnisses ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last, so behält er, abweichend von der oben S. 610, 3 genannten Regel, das Recht auf Erlaß seiner Verbindlichkeit und auf Rückgabe der Schuldurkunden. Dagegen kann er das, was er zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet hat, nicht zurückfordern. [18])

c) Statt die „Herausgabe" seiner Verbindlichkeit zu fordern, kann der

15) BGB. 822.

16) Gemäß der Regel oben S. 612, 2a. Übrigens ist die Frage nicht zweifellos, wegen des Wortes „Bereicherung" in BGB. 822.

17) Siehe BGB. 812 Abs. 2, 817, 821.

18) BGB. 817.

Geschädigte, solange die Verbindlichkeit noch unerfüllt ist, auch einfach die Erfüllung verweigern. Dies Recht hat er nicht bloß gegen den ursprünglichen Gläubiger, sondern auch gegen dessen Rechtsnachfolger [19], mögen diese die Forderung entgeltlich oder unentgeltlich erworben haben. Er kann das Recht auch dann ausüben, wenn sein Anspruch auf die „Herausgabe“ seiner Verpflichtung verjährt ist. [20])

Zusatz zu § 167, 168. Die ungerechtfertigte Bereicherung ist nach den Gesetzen des Ortes zu beurteilen, wo die Bereicherung wirksam wird, also meistens nach den Gesetzen des Ortes, wo der Bereicherte wohnt.

siehe Schluss!

19) Siehe BGB. 404.
20) BGB. 821.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.

Cosack, Konrad,

Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bü
rgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich

Bd.: 1. Band

1898